Die sogenannten Gefälligkeitsverträge

Otto Gonnermann

Leipzig
LQ 32.

Die sogenannten Gefälligkeitsverträge.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Otto Gonnermann

Gerichtsreferendar aus Wolfhagen.

MARBURG 1932

Druckerei W. May
Köln, Trajanstr. 39 Tel. 94702

Als Dissertation
von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 13. Oktober 1931.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555603_0138

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1 Einleitung 11

§ 2 Liegt einer Gefälligkeitsleistung immer ein Vertrag zu Grunde?

1. Die Bestimmungen früherer Rechte . . . 12

2. Die Ansichten im heutigen Recht 14

a) Die Stellung des Reichsgerichts . . 14
b) Die Ansichten von Blume, Kuhlenbeck und Krückmann 15

3. Richtige Meinung:

a) Die Vereinbarungen von Handlungen des bloßen gesellschaftlichen Lebens sind keine Verträge im Sinne des Gesetzes 18

b) Gefällige Handlungen, die sofort vorgenommen werden, erzeugen keine Wirkung für die Zukunft und deshalb auch keine Verpflichtung 19

c) Vereinbarungen, bei denen eine Erlaubnis für mehrere Fälle oder für eine spätere Benutzung erteilt wird, stellen ein Vertragsverhältnis dar. Für solche Verträge empfiehlt sich die Bezeichnung "Gestattungsverträge" 20

§ 3 Das Verhältnis dieses Gestattungsvertrages zu den im Gesetz geregelten unentgeltlichen Verträgen.

1. Die Behandlung dieser Frage in der Literatur (v. Blume, Krückmann) 23

2. Die einzelnen Gefälligkeitsleistungen . 28

Seite

a) Die dauernde Ueberlassung einer Sache aus Gefälligkeit und ihr Verhältnis zur Schenkung 28

b) Die zeitweilige Ueberlassung einer Sache und der Leih- und Verwahrungsvertrag, insbesondere die Raum- oder Platzleihe 30

c) Die Leistung von Diensten und der im Gesetz geregelte Auftrag, insbesondere der Gefälligkeitsbeförderungsvertrag 40

Ergebnis: Auf den Gestattungsvertrag finden die Bestimmungen der im Gesetz geregelten Verträge unmittelbare oder entsprechende Anwendung. Ein gemischter Vertrag ist anzunehmen, wenn dies im Einzelfall angebracht ist 43

§ 4 Die Kündigung des Gestattungsvertrages . . 45

§ 5 Die Haftung des Gefälligen 48

§ 6 Gestattungsverträge und Tierhalterhaftung

1. Die Behandlung der Frage in der bisherigen Literatur 56

2. Der Ausschluss der Tierhalterhaftung des Gefälligen wegen Gefährdungsaufrechnung 57

§ 7 Schluß 62

---===oOo===---

S c h r i f t t u m .

I. Kommentare und Lehrbücher.

Burchard-de Boor: Bürgerliches Recht 1930.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1922.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. II. Bd. 1902.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens. I. Bd. 1902.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1903.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Bd. 1 (Allg. Teil) 1928.
Bd. 2 (Schuldverh.) 1930.

Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht. II. Bd. 1896.

v. Gierke: Deutsches Privatrecht. III. Bd. 1917.

Heck: Grundriß des Schuldrechts. 1929.

Hellwig: Anspruch und Klagrecht. 1900.
(Beiträge z. bürgerl. u. z. Prozessrecht).

Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1907.

Kipp-Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 1906.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. und II. Bd. 1906.

Kress: Lehrbuch d. allgem. Schuldrechts. 1929.

Krückmann:	Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1929.
Leonhard,Fr.:	Allgemeines Schuldrecht des BGB. = in Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. 1929.
Leonhard,Fr.:	Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. 1926.
Matthiass:	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1914.
Neumann:	Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. I.Bd., 6.Aufl. 1912.
Oertmann:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1929. II.Buch, 2.Abt.:Recht der Schuldverh.
Planck:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II.Bd. 2.Hälfte. 1928.
Reichsgerichtsräte:	Das bürgerliche Gesetzbuch. I.Bd.Allg.Teil u.Allg.Teil d.Rechts der Schuldverhältnisse. 1928. II.Bd.Bes.Teil des Rechts der Schuldverhältnisse. 1928.
Rosenthal:	Bürgerliches Gesetzbuch. 1927.
v.Shey:	Die Obligationsverhältnisse d.österreich.allgemeinen Privatrechts.I.Bd. 2.Heft: Der Leihvertrag. 1895.
Siber:	Grundriss des deutschen bürgerlichen Rechts. II.Bd.: Schuldrecht. 1931.
Siméon-David:	Recht und Rechtsgang im deutschen Recht. I.Bd. 1928.
Sintenis:	Zivilrecht. II.Bd. 1868.
Soergel:	Bürgerliches Gesetzbuch. I.Bd.1929.
Sohm:	Institutionen des römischen Rechts. 1888.
v.Staudinger:	Kommentar zum BGB.
	II.Bd. 1.Teil §§ 241-432 1930.
	II.Bd. 2.Teil §§ 433-630 1928.
	II.Bd. 3.Teil §§ 631-853 1929.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd. §§ 1 - 853. 1930.

II. Abhandlungen.

Behrend: Die Haftung für die Gefälligkeitshandlungen. Recht 1919, S. 281

v. Blume: Vertragshaftung und Deliktshaftung. Tiergefahr und Vertragsgefahr. Recht 1905, S. 481 ff.

v. Blume: Das Reichsgericht und die Gefälligkeitsverträge. Recht 1908, S.649 ff.

Cohn: Die Widerruflichkeit des Jagderlaubnisscheines. Recht 1909, S. 706 f.

Danz: Laienverstand und Rechtsprechung. Jher. Jahrb. Bd. 38, S. 373 ff.

Danz: Zum vertragsmässigen Abschluß der Haftung. D.J.Z. 1905, S. 383 ff.

Ebbecke: Grenzen der Auslegung bei Rechtsgeschäften. Jher.Jahrb. Bd. 69, S.1 ff.

Eckstein: Das Schenkungsversprechen, seine Erfüllung und sein Verhältnis zur "Realschenkung". Ziv.Arch. Bd.107,S.384 ff.

Flad: Handeln auf eigene Gefahr. Recht 1919, S. 13 ff.

Francke: Die Haftung des Tierhalters nach § 833 BGB. Ziv.Arch. Bd.96, S.161 ff.

Geigel: Schadensersatzansprüche aus Gefälligkeiten. Bl.f. Rechtsanwendung, Bd.77, S. 37 ff.

Hellwig: Gesetzeskonkurrenz und Tierhaftung. D.J.Z. 1906, S. 1289.

Hellwig: Ueber die Grenzen der Vertragsmöglichkeit. Ziv.Arch. Bd. 86, S. 223 ff.

Hoeniger: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. 1910.

v. Jhering: Ein Rechtsgutachten, betr.die Gäubahn. Jher.Jahrb. Bd. 18, S. 1 ff.

v. Jhering:	Der Besitzwille. 1889.
Josef:	Zur Haftung des Kraftfahrzeughalters bei Gefälligkeitsfahrten. JW 1928. S. 2312.
Jung:	Erörterungen zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuch und zu den Zivilgesetzentwürfen Ungarns und Bulgariens. Jher.Jahrb. 69, S. 31 ff.
Jung:	Der Ausschuss der Tierhalterhaftung in Vertragsverhältnissen. Ziv.Arch. 117, S. 46 ff.
Kipp:	Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen. DJZ 1903.
Klein:	Zur Lehre von der "Anzeigepflicht im Schuldrecht". Bl. f.R.Bd.74, S. 24 ff.
Kohler:	Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Das Obligationsinteresse. Arch.f.bürgerl.Recht,12.Bd. S. 1 ff.
Krückmann:	Gefälligkeitsverträge. Bl.f.R. 74, S.113 und 153 ff.
Krückmann:	Verschuldensabrechnung und Gefährdungsaufrechnung.Jher.Jahrb. 52, S. 428 ff.
Krückmann:	Der Umfang der Gefährdungsaufrechnung. Jher.Jahrb. Bd.54, S. 107 ff.
Krückmann:	Verschuldensaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung und Deliktsfähigkeit. Jher.Jahrb. Bd.55, S. 1 ff.
Kuhlenbeck:	Der Leihvertrag (Kommodat).Das precarium (Leihe auf beliebigen Widerruf.Bittleihe).JW 1904, S.227 ff.
Kuhlenbeck:	Der Auftrag. JW 1908, S. 701 ff.
Leonhard, Fr.:	Die Auslegung der Rechtsgeschäfte . Ziv.Arch.Bd. 120, S. 14 ff.
Leonhard,Fr.:	Auslegung und Auslegungsnormen. Rektoratsrede 1917.
v. Liszt:	Deliktsobligationen im System des BGB 1908.
Litten:	Die Ersatzpflicht des Tierhalters. 1905.

Litten: Zur Abänderung des § 833 BGB. D.J.Z. 1905, S. 339 ff.

v.Meerscheidt-Hüllesem: Gemischte Verträge und Verträge eigener Art. D.J.Z. 1910, S. 854 ff.

Metzler: Die Wohnungsleihe. Bayr.Ztg.1926,S.100.

Müller-Erzbach: Gefährdungshaftung und Gefahrtragung. Ziv.Arch. Bd. 106, S. 309 ff.

Oertmann: Rechtsordnung und Verkehrssitte. 1914.

Oertmann: Zur Frage der Haftung für Tierschäden. D.J.Z. 1904, S. 136.

Rümelin: Culpahaftung und Causalhaftung. Ziv.Arch. Bd. 88, S. 285 ff.

Schneider: Der 65. Bd. der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. D.J.Z. 1908, S. 217 ff.

Schneider: Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse. 1902.

Siber: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit. Jher.Jahrb. Bd. 70, S. 223 ff.

Titze: Besprechung von Fischers Verletzung des Gläubigerrechts. Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. 57, S. 447.

Traeger: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. 1904.

Zimmermann: Zur Haftung des Kraftfahrzeughalters bei Gefälligkeitsfahrten. J.W. 1928, S. 1717.

Zitelmann: Ausschluss der Widerrechtlichkeit. Ziv.Arch. Bd. 99, S. 1 ff.

III. Dissertationen.

Balzereit: Gefälligkeitsverträge. Marburg 1929.

Hansen: Die Gefälligkeitsverträge nach bürgerlichem Recht. Marburg 1923.

Hempfing: Die Gefälligkeitsverträge im BGB. Marburg 1923.

Hinrichs:	Ist das Verhältnis zwischen dem Gefälligen und dem Empfänger einer Gefälligkeit im täglichen Leben von rechtlicher Bedeutung? Göttingen 1923.
Lucas:	Ueber die Rechtsnatur der Gefälligkeitsverträge. Königsberg 1920.
Rathey:	Gefälligkeitsverträge und Tierhalterhaftung. Breslau 1915.
Sugg:	Gefälligkeitsverträge. Breslau 1914.
Wichers:	Gefälligkeitsverträge. Göttingen 1925.
Zabel:	Der Leihvertrag. Leipzig 1906.

IV. Gesetzesmaterialien, Entscheidungen und Zeitschriften.

Archiv für bürgerliches Recht	Arch.f.bürgerl.R.
Archiv für zivilistische Praxis . . .	Ziv.Arch.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand	Recht.
Deutsche Juristenzeitung	D.J.Z.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen	RG.
Jherings Jahrbücher f. d. Dogmatik .	Jher.Jahrb.
Juristische Wochenschrift	J.W.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in deutschen Staaten.	Seuff.Arch.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung	Bl.f.R.
Zeitschrift f.Rechtspflege in Bayern	Bayr.Z.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht	Zeitschr.f.d. ges.Handelsr.

---=====oOo=====---

Einleitung.

§ 1

Der Ausdruck "Gefälligkeit" ist dem Gesetz unbekannt. Auch in der juristischen Literatur ist das Verhältnis zwischen dem Gefälligen und dem Gefälligkeitsempfänger noch in geringem Umfange behandelt, obwohl das tägliche Leben eine Reihe von Fällen kennt, in denen jemand einem anderen aus Gefälligkeit z.B. die vorübergehende Nutzung einer Sache unentgeltlich überläßt oder ihm aus Gefälligkeit unentgeltlich Dienste leistet; hiermit soll jedoch keineswegs gesagt sein, daß eine Gefälligkeit immer unentgeltlich geleistet werden muß. So ist es auch eine Gefälligkeit, wenn A dem B ein Pferd abkauft, das dieser gern los sein will, oder wenn der Buchhändler seinem Freunde ein Buch billiger verkauft. Diese Fälle der entgeltlichen Rechtsgeschäfte aus Gefälligkeit sollen nicht in den Rahmen unserer Betrachtungen fallen; für sie gelten die Vorschriften der Rechtsgeschäfte, unter die sich ihr Tatbestand einreihen läßt. Im folgenden soll nur die Rede sein von den Gefälligkeiten, die unentgeltlich erfolgen, also von solchen Handlungen, die geleistet werden, nicht um materieller Vorteile willen, sondern um ihrer selbst willen oder um sich den materiell nicht meßbaren Dank eines anderen zu erwerben. Gefälligkeit braucht in diesen Fällen aber nicht das einzige Motiv zu sein; es wäre geradezu lebensfremd, dies zu fordern; denn abgesehen von der Schwierigkeit, irgendeine Handlung überhaupt eindeutig zu motivieren, werden, wenigstens im geschäftlichen Leben, regelmäßig mehrere Motivgruppen miteinander verbunden, ja häufig koordiniert sein. Als maßgebend muß daher das Stärkeverhältnis der verschiedenen miteinander verknüpften Motive betrachtet werden. Wenn z.B. ein gewerbsmäßiger Darlehnsgeber einem hilfsbedürftigen Verwandten auf dessen Bitten ein Darlehn gewährt, so ist auch in diesem Fall neben dem maßgebenden Motiv der Gefälligkeit, das auch bei Gefälligkeiten selbstverständliche Bestreben, auch die eigenen Interessen nach Möglichkeit zu wahren, vorhanden. Trotzdem handelt es sich nach der Lebensauffassung um eine "reine Gefälligkeit" und so weit diese Leistungen unentgeltlich erfolgen, sollen sie Gegenstand dieser Arbeit sein.

So regelt das Bürgerliche Gesetzbuch unter den einzelnen Schuldverhältnissen auch vier Verträge, die eine unentgeltliche Leistung zum Gegenstand haben, nämlich die Schenkung, Leihe, die unentgeltliche Verwahrung und den Auftrag; wir können diese vier Verträge als Gefälligkeitsverträge bezeichnen, denn größtenteils ist die Gefälligkeit bei ihnen das maßgebende Motiv.[1] Nun wird das Bürgerliche Gesetzbuch von dem Grundsatze der Vertragsfreiheit beherrscht. Der Jurist meint damit, daß die im Gesetz geregelten Vertragstypen keine geschlossene Zahl bilden, daß durch Parteiwillen nicht nur die geregelten Typen verändert, sondern auch neue Typen geschaffen werden können, und daß es hierzu keiner anderen als der etwa auch für den Regeltyp vorgeschriebenen Form bedarf. Es ist deshalb möglich, weitere sog. Gefälligkeitsverträge zu bilden; aber man hat fälschlicherweise auch Gefälligkeiten nichtrechtlicher Natur zu den Gefälligkeitsverträgen gerechnet, obwohl sie garkeine "Verträge" im Sinne des Gesetzes darstellen. Man wird deshalb den Gefälligkeitsverträgen zum Unterschied von den Gefälligkeiten nichtrechtlicher Natur besser eine andere Bezeichnung (:Gestattungsverträge:) geben, wie später noch auszuführen sein wird.

Aufgabe dieser Arbeit soll es sein, unterscheidende Merkmale aufzustellen, wann es sich um bloße Gefälligkeiten nichtrechtlicher Natur handelt, und wann wir es mit einem sog. Gefälligkeitsvertrag zu tun haben, aus dem sich Rechte und Pflichten für die Parteien ergeben. Bei letzteren soll wieder geprüft werden, ob sie grundsätzlich unter einen der im Gesetz geregelten Fälle unterzuordnen sind oder aber, ob sie bei jeder Einordnungsschwierigkeit eine neue Vertragsart mit besonderer Bezeichnung darstellen sollen. In diesem Zusammenhang muß auch auf die Haftung, besonders auf die Tierhalterhaftung des Gefälligen eingegangen werden.

§ 2

Zur Klärung der Frage, ob die Gefälligkeiten eine Verpflichtung zur übernommenen Leistung in sich schliessen, mögen zuerst die Bestimmungen früherer Rechte dienen.

Das römische und gemeine Recht kennen den Begriff "Gefälligkeitsvertrag" nicht. Immerhin nehmen sie

1) J.W. 1908, S. 701.

Rücksicht auf diese für den Verkehr so wichtigen Rechtsverhältnisse. Die Römer hatten für die jederzeit widerrufliche Gebrauchsüberlassung ein Sonderinstitut, das precarium, herausgebildet, das bei ihnen sogar wirtschaftlich wie politisch eine sehr bedeutende Rolle spielte.[1]

Zur Wiedererlangung eines verlorengegangenen juristischen Besitzes diente den Römern das Interdictum de precario im Falle der Besitzentziehung durch Gebrauchsüberlassung ohne bestimmtes Rechtsgeschäft. Der Mangel des Vertragsschlusses begründete den Unterschied zwischen precarium einerseits, Miete und Leihe andererseits. Auch wenn beim precarium Abreden getroffen waren, so sollten die doch nicht rechtlich verbindliche Kraft haben. Das precarium war immer nur eine Besitzüberlassung "bis auf weiteres" und daher stets zu jeder Zeit widerruflich (Miete und Leihe erst nach Beendigung des eingeräumten Gebrauchs). Das precarium bestand als rein tatsächliches Verhältnis ohne gegenseitige Einräumung von Rechten. War ein Vertrag geschlossen, so lag kein precarium vor. Wegen Fehlens der Vertragsgrundlage konnte auch keine Vertragsklage gegeben sein. Die Rückgabe des überlassenen Gegenstandes konnte erst nach erfolgtem Widerruf des Precarium verlangt werden.[2]

Im gemeinen Recht handelt es sich nach Sintenis[3] bei dem precarium um ein eigentümliches, der Schenkung sowohl wie dem Kommodat ähnliches Verhältnis, wonach der Gläubiger dem Schuldner den Gebrauch einer Sache ohne nähere Bestimmung desselben auf ihm beliebigen Widerruf aus Gefälligkeit überlässt. Aus dem Gegenstand des precarium ergibt sich zugleich der Umfang der danach zuständigen Befugnisse, denn dieser ist immerhin jenen entsprechend und nur durch ihn bestimmt und bestimmbar. Die Wirksamkeit der Obligation zeigt sich erst, sobald der Widerruf erfolgt, und zwar in der Notwendigkeit der Rückgabe des empfangenen Gegenstandes, wobei übrigens dieselben Regeln zur Anwendung kommen, wie die bei der eines geliehenen Gegenstandes.

Im gemeinen Recht hat sich also das precarium gehalten. Jedoch ist der Empfänger immer kontraktlich

1) Oertmann, II. Buch, 2. Abtl. Vorbem.I vor § 598.
2) Sohm, S. 228.
3) Sintenis, § 111, S. 559.

gebunden, sowohl zur Rückgabe, als auch zur sorgfältigen Behandlung der Sache.

Partikularrechtlich wird das precarium erwähnt, und zwar ist nach dem allgemeinen preuss. Landrecht die Gebrauchsüberlassung einer Sache aus Gefälligkeit ohne Bestimmung des Zweckes und der Dauer der Ueberlassung kein Vertragsverhältnis, sondern nur ein rein tatsächliches Verhältnis.[1] Aehnlich regeln die Gefälligkeitsverträge das bayrische Recht und das badische Recht. Eine besondere Art der Gefälligkeitsverträge kennen auch sie nicht.

Im neueren Recht spricht man von Bittleihe, so im österreichischen Gesetzbuche.[2] Das Bürgerliche Gesetzbuch jedoch hat von besonderen Vorschriften für das precarium oder die Bittleihe mangels eines Bedürfnisses abgesehen. Entwurf I § 558 hatte zwar eine Bestimmung getroffen im Sinne einer Behandlung nach den Grundsätzen über die Gebrauchsleihe. In der zweiten Kommission wurde jedoch diese Bestimmung gestrichen. Man erachtete formell jenen § 558 lediglich als Anknüpfung an geschichtliche Reminiszenz, welche nicht verewigungsbedürftig sei. Sachlich sei der Inhalt der Entwurfsbestimmung selbstverständlich, da in dem früheren sog. precarium nur eine Unterart der Leihe vorliege.

Die neuere Literatur hat sich mit den sog. Gefälligkeitsverträgen erst dann befasst, als eine offensichtlich unbillige Entscheidung des Reichsgerichts[3] hierzu Anlass bot. Ein Fuhrwerksbesitzer nahm aus Gefälligkeit einen Mann auf dessen Bitten auf seinem Wagen mit. Als sie eine Strecke gefahren waren, ging ohne Verschulden des Wagenbesitzers das Pferd durch. Infolgedessen stürzten die Insassen heraus, wobei der Mitfahrende einen Schädelbruch erlitt, dem er noch an demselben Tage erlag. Die Kläger forderten Schadensersatz gemäß § 844 BGB. Das Reichsgericht verurteilte den Beklagten gemäß dem Klagantrage.[4] Nach diesem unbilligen Urteil des Reichsgerichts tauchten dann eine ganze Anzahl von Fragen auf. Welcher Art ist das Verhältnis zwischen demjenigen, der eine Gefälligkeit erweist und dem, der

1) Förster-Eccius, II. Bd. § 135, S. 169; vgl. hierzu A.L.R. I. Teil, 21. Titel, § 231 f.
2) Vgl. v. Shey, I. Bd. 2. Heft, S. 211 ff.
3) RG. Bd. 54, S. 73 ff.
4) Vgl. auch RG. Bd. 65, S. 17 ff.

sie entgegennimmt? Entstehen zwischen ihnen Leistungs- und Haftungspflichten?

Blume[1]) ist der Meinung, dass es sich bei dem sog.Gefälligkeitsvertrag um einen Vertrag handelt; aber allerdings nicht um einen Vertrag, durch den der Gefällige verpflichtet werde, sondern um einen reinen Gefälligkeitsvertrag, d.h.nach Blume um einen Vertrag, durch den man eine Leistung auf sich nimmt, ohne sich zu verpflichten. Blume bejaht also bei Gefälligkeiten die Vertragsnatur, lehnt aber jede Verpflichtung daraus ab.Dies ist unvereinbar mit § 241 BGB, denn "kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern". Eine rechtlich geschützte Forderung einer Leistung ist aber nur dann möglich, wenn auf der anderen Seite eine Verpflichtung besteht. Es ist mithin für einen obligatorischen Vertrag die Verpflichtung charakteristisch. Der von Blume angenommene "Vertrag ohne Verpflichtung" ist deshalb ein Widerspruch.

Dass die Gefälligkeitsleistungen verbindlicher Natur sind, wird ferner von Kuhlenbeck[2]) bestritten. Er ist der Ansicht, dass die Gefälligkeitsleistungen das Rechtsleben nicht interessieren und daher auch keine Obligation zu erzeugen vermöchten: "Da das Bürgerliche Gesetzbuch den Begriff der Bittleihe nicht kennt, so erhebt sich die Frage, welche Grundsätze beispielsweise im Falle einer Weigerung der Rückgabe oder im Falle einer Beschädigung des Benutzers durch die geliehene Sache zur Anwendung kommen. M.E. wäre es falsch,auf die §§ 598 ff., insbesondere § 599, zurückzugreifen. Es liegt überhaupt kein Vertragsverhältnis vor. Höchstens kämen Schadensersatzansprüche nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen gemäss §§ 823 ff. in Betracht."

Wenn Kuhlenbeck der Ansicht ist, dass die Gefälligkeiten "sozusagen unter der Schwelle des juristischen Bewusstseins blieben und daher das Rechtsleben nicht interessierten", so bleibt er den Beweis für seine Ansicht schuldig, denn es lassen sich doch viele Fälle denken, daß einer Gefälligkeit rechtliche Bedeutung zukommt.

---

1) v. Blume "Recht" 1908, S. 649.
2) Kuhlenbeck, J.W. 1904, S. 227; 1908, S. 701.

Nehmen wir folgendes Beispiel an: ich erlaube meinem Nachbarn, während der Wintermonate durch meinen Garten zu gehen, da der eigentliche Zugangsweg zu seinem Grundstück größtenteils ungangbar ist und deshalb auch mit Gefahren verbunden. Darf ich nun mitten im Winter meinem Nachbarn plötzlich den Weg verbieten, ohne daß ich ihm vorher von meiner Absicht Kenntnis gegeben habe, und er deshalb nicht für die rechtzeitige Instandsetzung seines Zugangsweges sorgen konnte? Richtiger wäre es doch, hier von dem Vorliegen eines Schuldverhältnisses zu sprechen, nach dem ich mich für längere Zeit verpflichte, die Benutzung des Weges durch meinen Nachbar zu dulden, und er sich seinerseits verpflichtet, auf meine Interessen die nötige Rücksicht zu nehmen. Wie weit die einzelnen Rechte und Pflichten reichen, wird man immer durch Auslegung nach § 157 und § 242 BGB bestimmen können, denn danach sollen bei der Auslegung Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte maßgebend sein.

Während also Blume und Kuhlenbeck zwischen dem Gefälligen und Gefälligkeitsempfänger jede Rechtsbeziehungen leugnen, und auch das Reichsgericht leider keine einheitliche Stellung zu den sog. Gefälligkeitsverträgen genommen hat, wird sodann eine vermittelnde Ansicht vertreten. Sugg[1]) ist der Meinung, daß die in Frage stehenden Verabredungen zum Teil lediglich "gesellschaftliche Gefälligkeiten" seien, zum Teil aber auch darüber hinaus rechtsgeschäftliche Verpflichtungen begründeten. Entscheidend dafür, ob lediglich ersteres oder auch letzteres vorliege, sei die nach der Verkehrssitte gemäß Treu und Glauben zu treffende Feststellung, ob die Willenserklärungen im Verkehr als verpflichtend aufgefaßt werden oder nicht. Wenn objektiv aus der Bitte um die Gefälligkeit bezw. aus der Annahme der Gefälligkeit zu schliessen ist, daß dem Bittenden bezw. dem Annehmenden besonders viel an dieser Gefälligkeit liegt, sodaß er evtl. die konkrete Leistung sich anderswie beschaffen müsste oder würde, so will er den Gefälligen verpflichten, und es muß daher in der Erweisung der Gefälligkeit eine verpflichtende Willenserklärung erblickt werden.

M. E. kann es aber nicht richtig sein, das Bestehen oder Nichtbestehen eines Vertrages allein von

1) Sugg, S. 14, 15.

"Treu und Glauben"abhängig zu machen. Zur Sicherung der Rechtsprechung muß man sich vielmehr bemühen,feste Merkmale aufzustellen, wann es sich um einen Vertrag handelt, und wann die Gefälligkeitsleistung ohne obligatorische Wirkung bleibt.

Aber auch der dritten Ansicht, die in allen Gefälligkeitsleistungen die Folgen eines Vertrages sieht, kann nicht bedingungslos zugestimmt werden.

Krückmann[1] behandelt die Frage, ob die Mitnahme aus Gefälligkeit einen Einfluß auf das Verhältnis zwischen Tierhalter und Fahrgast habe. Er kommt zu dem Ergebnis, daß bei allen Gefälligkeitserweisungen ein Vertrag entsteht, aus dem die Parteien verpflichtet werden. In einer zweiten Abhandlung[2] geht er noch weiter, indem er behauptet, daß stets ein im Gesetz geregelter Vertrag vorliege. Daraus folgert er, daß alle Möglichkeiten der Gefälligkeitsverträge im Bürgerlichen Gesetzbuch ausdrücklich geregelt seien, und daß ein Bedürfnis nach neuen Kategorien nicht bestehe. Der Behauptung,daß es sich bei allen Gefälligkeiten um Verpflichtungen aus einem Vertrage handle, kann nicht beigetreten werden.Es lassen sich sehr wohl Abmachungen denken,nach denen jemand einem anderen eine Gefälligkeit erweist, die aber dennoch keine Verpflichtungen hervorruft, wie z. B. die Erlaubnis, soeben durch meinen Garten zu gehen. Wenn Krückmann weiter behauptet, alle Gefälligkeitsverträge, soweit wir sie wirklich als Verträge im Sinne des Gesetzes ansehen wollen, ließen sich als Schenkung, Leihe, Auftrag, unentgeltliche Verwahrung oder als eine Mischung aus den drei letztgenannten Verträgen auffassen,so geht auch diese Folgerung zu weit. Wenn auch zugegeben werden muß, daß eine große Anzahl von solchen Gefälligkeitsverträgen sich bei näherer Auslegung als eine der im Gesetze geregelten Typen darstellt, so gibt es zum mindesten eben so viele Arten von Gefälligkeitsverträgen, die sich in keine gegebene Form pressen lassen, zumal wenn man die besonderen Parteiabreden gebührend würdigen will.

Andere[3] wieder sind der Meinung, daß stets

1) Jher.Jahrb. Bd. 54. S. 107 ff.
2) Bl.f.R. Bd. 74, S. 113 ff. u. 153 ff.
3) Klein, Bl.f.R. Bd.74, S. 26; Hansen, S. 24 ff.; Hempfing, S.11 ff.; Rathey,S.15, Wichers, S.28.

dann ein obligatorischer Vertrag vorliege, wenn nur die Parteien übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben haben und eine aus Gefälligkeit erwiesene unentgeltliche Leistung geeignet ist, den möglichen Inhalt eines obligatorischen Vertrages zu bilden. Zwar wird diese Ansicht in einer großen Anzahl der Fälle zu einem befriedigenden Ergebnis führen, aber sie schützt doch noch zu wenig den Gefälligen, da man nach diesen Grundsätzen oft den Abschluß eines obligatorischen Vertrages bejahen muß, entgegen der Absicht der Parteien und auch der Verkehrsauffassung. Liegen übereinstimmende Willenserklärungen und Gefälligkeiten vor, die den Inhalt eines obligatorischen Vertrages bilden können, dann muß nach dieser Ansicht ein obligatorischer Vertrag angenommen werden, sicherlich oft, wo der Verkehr an einen Vertrag garnicht denkt. Insoweit ist also auch diese Ansicht abzulehnen.[1]

Wieder andere sind der Ansicht, daß bei der Vertragsnatur der Gefälligkeiten neben der Willensübereinstimmung der Parteien und dem nach allgemeinen Grundsätzen möglichen Inhalt eines Vertrages der innere rechtliche Verpflichtungswille der Parteien erforderlich sei. Ohne hier näher auf das Problem "Erklärungstheorie und Willenstheorie" einzugehen, halte ich diese Ansicht nicht für richtig, da sie mit den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht übereinstimmt. M. E. herrscht im Bürgerlichen Gesetzbuch eine Ausnahmen zulassende Erklärungstheorie vor, nach der nicht der innere Wille des Erklärenden, sondern das Erklärte maßgebend ist. Das beweist schon der § 119 BGB, der bei abweichender Ansicht einer Partei nur eine Anfechtung zuläßt.[2] Deshalb kann der "innere rechtliche Verpflichtungswille der Parteien" für die Entstehung eines Vertragsverhältnisses nicht in Betracht kommen.

Wir müssen also feststellen, daß wir weder aus den Bestimmungen früherer Rechte, noch aus dem Schrifttum neuerer Zeit ein bestimmtes Merkmal entnehmen können, wann sich aus den sog. Gefälligkeitsverträgen Rechte und Pflichten für die Beteiligten ergeben.

Um hier zu dem richtigen Ergebnis zu kommen, wird

1) Balzereit, S. 16 f.
2) Vgl. Leonhard, Lehrb. S. 34; Ziv.Arch. Bd. 120, S. 57 ff., 68 ff., 73 ff.

man die sog. Gefälligkeitsverträge zunächst negativ bestimmen, indem man diejenigen Verhältnisse ausscheidet, denen zweifellos ein Rechtsschutz nicht gebührt.

Hier sind zunächst die Vereinbarungen von Handlungen des bloßen gesellschaftlichen Lebens (Einladung, Besuch, der erste Walzer) zu erwähnen. Wenn jemand einen Freund zum Essen einlädt und auch, wenn dieser zusagt, so entstehen doch für beide Teile keine rechtlichen Wirkungen. Dies selbst dann nicht, wenn sich daran ein vermögensrechtliches Interesse knüpft. Für den Freund hat die Einladung zweifellos einen Geldwert, denn er erspart die Ausgaben für eine Mahlzeit. Niemand wird aber dem Freund einen Anspruch auf Ersatz dieser Kosten zubilligen, wenn die Einladung zurückgenommen wird. Ebensowenig hat der Gastgeber einen Anspruch gegen seinen Freund, falls dieser trotz Annahme der Einladung ausbleibt. Hieraus ersieht man, daß das gesellige Leben außerhalb des Rechtes steht, daß es seiner Natur nach den äußeren Zwang ausschließt. Gerade durch von aussen kommende Momente ist meist zu entnehmen, ob jemand die vertragsmäßige Geschlossenheit ablehnt und nur als Mann der Gesellschaft, nicht als Mann des Rechtes eintreten will. Deshalb ist es ein Unterschied, ob ein Künstler zu einer Gesellschaft eingeladen ist, - hier kann die Einladung wieder rückgängig gemacht werden - oder ob er vertragsmäßig bestellt ist. Es wird daher sehr viel darauf ankommen, ob die versprochenen Dienste mit sonstiger gesellschaftlicher Tätigkeit zusammenhängen und diese als die Voraussetzung haben; in solchem Falle nimmt das Versprechen an der gesellschaftlichen Freiheit teil und kann nicht von dieser Freiheit getrennt werden. Der Künstler, der seine Dienste dem gesellschaftlichen Tun unterordnet, will sich juristisch nicht verpflichten und behält sich deshalb die im gesellschaftlichen Leben bestehende Freiheit vor, zu erscheinen oder nicht. Bei allen anderen gesellschaftlichen Gefälligkeiten verhält es sich ebenso. Meinem Freund, den ich zum Mittagessen eingeladen habe, "leihe" ich nicht den Teller oder den Stuhl.

Von der Geselligkeit, d.h. der vorübergehenden Vereinigung zum Zwecke der Erheiterung oder Unterhaltung, scheide ich die Gefälligkeiten, d.h. die unentgeltlichen Erweisungen von Dienstleistungen oder vorübergehende Ueberlassung des Gebrauchs von Sachen. Aber auch sie haben m. E. keinen Anspruch auf Rechtsschutz, wenn die

Handlungen sofort vorgenommen werden, d.h., wenn Bitte und Erfüllung der Bitte unmittelbar aufeinander folgen. Ich helfe einer älteren Person beim Einsteigen in die Bahn, ich biete ihr meinen Platz an, ich reiche ihr eben mal das Kursbuch oder öffne ihr das Fenster. Alle diese Gefälligkeiten rufen keine Verpflichtungen hervor, eben weil diese Handlungen sofort vorgenommen werden. Das entspricht auch der Verkehrsauffassung. Im täglichen Leben wird kaum jemand der Meinung sein, daß der Gefällige in diesem Falle dem Gefälligkeitsempfänger zur Gebrauchsüberlassung rechtlich verpflichtet ist. Jeder Gefälligkeitsempfänger wird sich bewußt sein, daß er dem Gefälligen auf dessen Verlangen die Sache zurückgeben muß. Mein Nachbar in der Eisenbahn kann nicht einwenden, er habe seine Züge noch nicht zusammengestellt. Würde man in diesem Falle einen Leihvertrag annehmen, so könnte der Entleiher diese Einwendung geltend machen, da sich aus dem Zweck die Dauer der Leihe ergibt. (§ 604 Abs. II, BGB). Da der Gefälligkeitsempfänger nach dieser Ansicht Besitzer wäre, so würde der Gefällige Besitzstörer sein, wenn er ihm die Sachen wegnehmen wollte. Er hätte nur einen obligatorischen Anspruch. Dies entspricht wohl kaum der Verkehrsauffassung.

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß wir es nicht mit einem Vertrage zu tun haben, wenn jemand im geselligen Leben einem anderen eine Gefälligkeit erweist. Ebenso ermangeln solche Gefälligkeiten der Rechtsnatur, wenn ihre Handlungen sofort vorgenommen werden, weil keine Wirkung für die Zukunft und deshalb kein Raum für eine Verpflichtung übrig bleibt.[1]

Anders sind jedoch solche Vereinbarungen, bei denen eine Erlaubnis für mehrere Fälle oder überhaupt für eine spätere Benutzung erteilt wird oder Dienste für längere Zeit versprochen werden. Ich will versuchen dies an einem Beispiel zu erläutern.[2] A und B beabsichtigen, ins Theater zu gehen. B bittet aber vorher den A, ihm während der Vorstellung sein Opernglas zu überlassen. B stellt ihm dies in Aussicht. Darauf beschließt B, mit ins Theater zu gehen. Während der Vorstellung weigert sich A aus einem unwichtigen Grunde, dem B das Glas zu geben. Ist A in diesem Falle verpflichtet, und kann

1) Vgl. Leonhard, Schuldrecht, S. 82.
2) Wichers, S. 26.

B später Schadensersatz verlangen, da wegen seiner schlechten Augen die Vorstellung für ihn wertlos war? M. E. kann man hier keine Bedenken tragen, die Frage zu bejahen. Wenn ich jemandem verspreche, daß er zu einem bestimmten Zeitpunkte meine Sache benutzen darf, so will und muß ich zu meinem Versprechen stehen. Einem Versprechen kann man die verpflichtende Natur nicht absprechen; was man verspricht, muß man auch halten. Es wäre doch ein Widersinn, zu sagen: ich verspreche etwas, will es aber nicht halten, wobei man freilich rechtliche Verpflichtungen und Verpflichtungen der Sitte und Sittlichkeit nicht verwechseln darf.

Hierzu bemerkt Geigel[1] m. E. mit Recht, daß die irrige Ansicht, es liege eine Verpflichtung nicht vor, immerhin leicht erklärlich ist. Ein dritter, den ich zu einer Wagenfahrt einlade, wird mich in der Regel nicht verklagen können, wenn ich mein Versprechen nicht halte. Es erweckt daher den Anschein, als ob ich von Anfang an zur Leistung garnicht verpflichtet gewesen wäre, trotz des von mir gegebenen Versprechens. Das ist jedoch falsch Der Grund, warum ich nicht auf Leistung verklagt werden kann, liegt vielmehr darin, daß der Gefälligkeitsschuldner ein weitgehendes Kündigungsrecht hat.

Hier sei auch nochmal auf ein Beispiel zurückgegriffen, das bereits bei der Betrachtung über das Wesen der Gefälligkeiten nichtrechtlicher Natur vorgebracht wurde. Ich helfe einer älteren Person beim Einsteigen in den Eisenbahnwagen, ich reiche ihr das Kursbuch oder öffne ihr das Abteilfenster. Hatten wir vorhin gesehen, daß es sich bei diesen Gefälligkeitsleistungen um bloße Gefälligkeiten nichtrechtlicher Natur handelte, so ist es jedoch auch möglich, daß diese Handlungen in Erfüllung einer Verpflichtung geleistet werden. Wenn ich einer älteren Person versprochen habe, ihr bei einer demnächstigen Reise als Reisebegleiter behilflich zu sein und sie sich aus diesem Grunde nicht für jemand anders sorgt, so bin ich am Reisetage auch verpflichtet, ihr zu helfen.[2] Da mein Versprechen eine Wirkung für die Zukunft hatte, so ergab sich daraus auch eine Verpflichtung, und deshalb wurde ein wirkliches Schuldver-

1) Geigel, Bl. f. R., Bd. 77, S. 37.
2) Hellwig, Arch.Ziv.Prax., Bd. 86, S. 233.

hältnis begründet.

Noch ein bereits erwähntes Beispiel sei angeführt: ich erlaube meinem Nachbarn während der Wintermonate durch meinen Garten zu gehen, da der eigentliche Zugangsweg zu seinem Grundstück größtenteils ungangbar ist. Auch in diesem Falle wird man nicht umhin können, die Frage nach dem Vorliegen eines Verpflichtungswillens auf Seiten des Gefälligkeitsschuldners zu bejahen. Da die Erlaubnis auf mehrere Fälle erteilt ist, so ist auch ein wirkliches Schuldverhältnis begründet. Aehnlich verhält es sich auch im folgenden Fall.

Ein Jagdpächter vereinbart mit seinem Freunde, dieser solle, wie es ihm Vergnügen mache und seiner Zeit erlaube, die Jagd ausüben. Dabei mag es einstweilen dahingestellt bleiben, wie man diese Gestattung der Jagdausübung rechtlich bezeichnen will. Auch hier handelt es sich um einen Vertrag. Der Jagdpächter verspricht seinem Freunde, eine Jagdausübung durch ihn zu dulden und es ist anzunehmen, daß er auch fernerhin an seinem Versprechen festhalten wollte, zumal er zur Zeit an persönlicher Ausübung der Jagd verhindert ist und ihm ein Ruhen der Jagd nicht wünschenswert erscheinen kann. Durch die Vereinbarung soll nicht nur bewirkt werden, daß die Handlung des Freundes nicht widerrechtlich ist, sondern der Jagdpächter will eine Verpflichtung eingehen, nähmlich einen Gebrauch des anderen in Zukunft zu dulden, -- eine Verpflichtung, die durchaus der Duldungspflicht des Vermieters und des Verleihers gleichsteht. Dabei braucht nicht ausdrücklich eine rechtliche Bindung erklärt zu werden. Unrichtig würde es nun sein, zu sagen, daß den Freund keine obligatorische Verpflichtung treffe. Während der Jagdpächter die Verpflichtung übernimmt, eine Jagdausübung durch seinen Freund zu dulden, verpflichtet sich der Freund, die Jagd auch wirklich auszuüben. Letzteres erweist sich wieder als Gefälligkeit gegenüber dem Jagdpächter, zumal sich der Freund unentgeltlich zu dieser Dienstleistung verpflichtet. Ebenfalls wird der Freund verpflichtet, die erforderlichen Rücksichten auf die Interessen des Jagdpächters zu nehmen und dementsprechend zu handeln. Man muß also als Ergebnis festhalten, daß wir es mit zwei Gefälligkeitshandlungen zu tun haben und da diese von den Beteiligten für längere Zeit versprochen sind, entste-

hen aus der Vereinbarung auch Rechten und Pflichten. Wegen der wirtschaftlichen Einheit hat man es aber dennoch nur mit einem Vertrage zu tun.

Nach diesen Betrachtungen läßt sich als unterscheidendes Merkmal der Gefälligkeiten nichtrechtlicher Natur von denen, die ein wirkliches Schuldverhältnis erzeugen, folgendes feststellen:

Wenn die Gefälligkeiten nur gesellschaftliche Bedeutung haben, so fehlt ihnen die Rechtsnatur. Bei anderen Gefälligkeiten des täglichen Lebens kommt es darauf an, ob der Gefällige eine Gebrauchsüberlassung oder eine Dienstleistung für die Zukunft oder für mehrere Fälle verspricht oder ob er die Handlung sofort vornimmt, während es sich bei den ersteren um eine Verpflichtung handelt und deshalb um ein wirkliches Schuldverhältnis, bleibt bei den letzteren keine Wirkung für die Zukunft übrig und deshalb auch kein Raum für eine Verpflichtung, eben weil die Handlung sofort vorgenommen wird.[1] Hieraus rechtfertigt sich auch die Abneigung gegen die Bezeichnung "Gefälligkeitsverträge" als Sammelbegriff sowohl für die Gefälligkeit nichtrechtlicher Natur, wie für diejenigen, denen eine rechtliche Bedeutung zukommt. Die beste Bezeichnung wäre "Gefälligkeitshandlungen" und "Gefälligkeitsverträge" oder, da es sich in den letzten Fällen immer um eine Erlaubnis für längere Zeit oder für eine bestimmte Zeit in der Zukunft handelt, also um eine Gestattung, wird man die sog. Gefälligkeitsverträge in "Gefälligkeiten" und "Gestattungsverträge" trennen müssen.[2]

§ 3

Es erhebt sich nun die weitere Frage, in welchem Verhältnis diese Gestattungsverträge zu den im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten unentgeltlichen Verträgen stehen. Muß man in jedem Gestattungsvertrag einen Vertrag eigener Art sehen oder lassen sich die Gestattungsverträge immer unter die im Gesetz aufgestellten Typen einordnen? oder stellen sie eine Mischform dieser Verträge dar?

1) Leonhard, Schuldrecht, § 31, S. 81.
2) Leonhard, Schuldrecht, § 31, S. 82.

Diese Untersuchung ist deshalb von Bedeutung, weil die verschiedenartigen Schuldverhältnisse, die das Bürgerliche Gesetzbuch im VII. Abschnitt regelt, nicht abschliessender Natur sind. Das Behandelte stellt nur eine große Anzahl von Grundtypen dar, wie sie im alltäglichen Leben am häufigsten vorkommen. Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht ja auch in der Ueberschrift des Abschnittes nur von "einzelnen Schuldverhältnissen" und nicht von "den einzelnen Schuldverhältnissen". Das Recht der Schuldverhältnisse ist demnach von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit beherrscht. Die Vertragschliessenden können nach ihrem Belieben jedes Tun und Unterlassen zum Gegenstand eines Schuldverhältnisses machen und auch die vom Gesetz an gewisse Handlungen und Tatbestände regelmäßig geknüpften Folgen nach ihrem Ermessen abweichend regeln, soweit ihnen durch die §§ 134, 138 BGB mit ihren Vorschriften zur Wahrung der guten Sitten und gesetzlichen Verbote keine sachlichen Grenzen gezogen sind.[1]

Ueber das Verhältnis der Gestattungsverträge zu den im Gesetz geregelten unentgeltlichen Verträgen sind die Ansichten sehr geteilt. Blume[2] sieht in einem solchen Vertrage immer einen Vertrag eigener Art. Er verlangt, daß in solchen Fällen das precarium des römischen Rechtes wieder zur Anwendung gebracht werden müßte. Wenn es auch wohl oft Fälle gibt, in denen jemand einem anderen aus Gefälligkeit eine Sache leiht, ohne daß dies Verhältnis ohne weiteres dem im Gesetz geregelten Leihvertrag ganz entspricht, so ist aber dennoch die Forderung abzulehnen, bei der kleinsten Einordnungsschwierigkeit einen Vertrag eigener Art zu bilden. Es hieße geradezu das Rechtsleben erschweren, wollte man bei jeder Abweichung einer Parteiverpflichtung von der Eigenart des betreffenden Vertrages diesen völlig ausschalten, um dafür einen "Gefälligkeitsvertrag eigener Art" zu konstruieren. Vielfach wird man hier zur Ergänzung des rechtlichen Inhaltes und zur näheren rechtlichen Beurteilung die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften sowie auch verwandte Vorschriften in entsprechender Anwendung heranziehen können. Wenn Blume noch weiter fordert, daß diesen sog. Gefälligkeitsverträgen eine Stelle im System eingeräumt werden müßte, eben weil es sich

1) Vgl. Siber, Jher. Jahrb. Bd. 70, S. 223 ff.
2) v. Blume, "Recht" 1908, S. 649 ff.

um Verträge eigener Art handele, so ist dem entgegenzuhalten, daß man bei der Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches wohl an das precarium gedacht hat, aber dennoch von der Aufnahme dieses Schuldverhältnisses absichtlich wieder Abstand genommen hat, weil das precarium lediglich eine Unterart der Leihe selbst und deshalb auch kein Bedürfnis vorhanden sei, diese "geschichtliche Reminiszenz" aus dem römischen Recht in das Bürgerliche Gesetzbuch zu übernehmen.[1]

Entgegengesetzter Meinung ist Krückmann,[2] der in solchen Fällen immer mit den allgemeinen Vertragstypen einer unentgeltlichen Leistung, wie Auftrag, Leihe, Verwahrung, Schenkung und deren Mischung auszukommen glaubt. Nach ihm können Gefälligkeiten in folgender Weise erwiesen werden; durch Zuwendung von Vermögenswerten, insbesondere durch dauernde Ueberlassung einer Sache zu Eigentum, ferner durch vorübergehende Ueberlassung einer Sache und drittens durch Leistung von Diensten. Zu ihnen gehöre als vierte Gruppe die Verwahrung. Weitere Kategorien sind nach seiner Meinung nicht denkbar. Diesen vier sog. Gefälligkeitsverträgen entsprächen die vier im Gesetz vorgesehenen Verträge wie Schenkung, Leihe, Auftrag und Verwahrung. Daraus folgt nach Krückmann, "daß alle Möglichkeiten der Gefälligkeitsverträge im Bürgerlichen Gesetzbuch ausdrücklich geregelt sind, und daß deshalb kein Bedürfnis nach neuen Kategorien bestehe". Als Aushilfsmittel für etwaige abweichende Parteiabreden kämen wir hier mit dem Begriff des gemischten Vertrages aus, denn denkbar wären nur Mischformen von Auftrag und Leihe, sowie von Auftrag und Verwahrung, wobei man hier zu prüfen habe, welches Element jedesmal überwiegt, ob das Auftragselement, das Leihelement oder das Verwahrungselement. Deshalb gäbe es keinen Fall, der sich nicht mit Leihe, Verwahrung oder Auftrag oder mit einer Mischung von ihnen ausreichend erklären ließe, zumal wenn man den Auslegungsmöglichkeiten gemäß §§ 157 und 242 weitesten Spielraum liesse.

Wenn diesen Ausführungen auch größtenteils zugestimmt werden kann, so ist dennoch die Ansicht Krückmanns nicht ohne Bedenken. Zwar werden sich viele Ge-

1) Seite 14 der Arbeit; vgl. auch Entwurf I, § 558.
2) Bl. f. R. Bd. 74, S. 113 f.

stattungsverträge bei richtiger Auslegung als Schenkung, Verwahrung, Leihe oder Auftrag darstellen, auf die dann die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung finden dürften. Ebenfalls wird man zu einem richtigen Ergebnis kommen, wenn man eine Vereinbarung, in der sich Rechte und Pflichten finden, die Merkmale mehrerer Vertragstypen sind, als gemischten Vertrag behandelt. Andererseits trägt die strenge Vertragstheorie Krückmanns der Vielgestaltigkeit des Lebens zu wenig Rechnung. Wenn man im Gesetzbuch nur einzelne Vertragstypen geregelt hat, so wollte man damit nur diejenigen regeln, die im täglichen Leben am häufigsten vorkommen, denn der Gesetzgeber war sich bewußt, daß es unmöglich ist, alle im Leben sich ergebenden Tatbestände durch gesetzliche Festlegungen regeln zu wollen. Das gebietet, wie Meerscheidt-Hüllessem[1] zutreffend bemerkt, schon die Vielgestaltigkeit der Zwecke und die durch das Bedürfnis des Lebens bedingte Eigenart eines jeden Vertrages. Es wird der fortschreitende Verkehr und die sich täglich mehr und mehr entwickelnde Technik stets neue Rechtsverhältnisse schaffen, die nicht immer in eine der herkömmlichen Vertragsformen, wie sie uns das Bürgerliche Gesetzbuch gibt, gegossen werden können.[2] Ausserdem gibt ja Krückmann auch zu, daß er für Abänderungen im Einzelfall den gemischten Vertrag benötigt. Von diesem, der eine Verbindung mehrerer Bestimmungen enthält, die im Gesetz unter verschiedenen Vertragstypen behandelt werden, ist aber bereits bekannt, daß er nicht zu einem bestimmten im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Vertragstypus gehört, also gerade als ein Vertrag eigener Art behandelt werden muß. Wenn jedoch Krückmann bei der kleinsten Einordnungsschwierigkeit einen gemischten Vertrag annehmen will, so würde dies wieder zur Unsicherheit des Rechtsverkehrs beitragen. Deshalb ist auch Krückmann in der weitgehenden Annahme von Mischverträgen von Hoeniger [3] angegriffen, da der Begriff der gemischten Verträge in der Weise, wie Krückmann ihn verwenden will, als Aushilfsmittel gegen Einordnungsschwierigkeiten überspannt ist.

1) v. Meerscheidt-Hüllessem, S. 854.
2) Sugg, S. 16.
3) Hoeniger, S. 334.

Hoeniger weist nach, daß die von Krückmann bezeichneten gemischten Verträge keineswegs als gemischte Verträge anzusehen sind, sondern, daß es sich in diesen Fällen um sog. "Zwischenformen zwischen gesetzlichen Tatbestandstücken" handelt, das sind "Gebilde, die den gesetzlichen Tatbeständen zwar gewisse Momente entnehmen, die aber doch niemals ganz gesetzlichen Tatbestandsstücken entsprechen".[1] Inbezug auf die Anwendung von Mischverträgen bei einzelnen Beispielen Krückmanns handelt es sich nach Hoeniger "weder um gemischte Verträge, noch um Zwischentypische Leistungen, noch um überhaupt irgendwelche besondere Komplikationen".[2]

Man wird bei den hier erörterten Ansichten niemals zu einem befriedigenden Ergebnis kommen, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass die Gestattungsverträge sämtlich im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt seien, oder wenn man die Ansicht vertritt, man habe es immer mit Verträgen eigener Art zu tun. Damit würden die Vertreter dieser Ansichten jede Beweglichkeit aufgeben, die doch erforderlich ist, um den mannigfachen Rechtsverhältnissen im Verkehrsleben gerecht zu werden. Vielmehr muß man gerade bei solchen Verträgen, die auf einer Gefälligkeit beruhen, die besonderen Umstände des einzelnen Falles berücksichtigen, wobei zu beachten ist, daß die Uebergänge zwischen den einzelnen Vertragsgattungen oft fließend sind. Die gemeinsamen Zwecke vornehmlich bringen es mit sich, daß die Formen der Verträge ineinander übergehen. Zur Ergänzung und zur Auslegung des Vertrages sind dann die Bestimmungen des § 157 und § 242 heranzuholen. Somit muß man in jedem einzelnen Falle untersuchen, ob und inwieweit die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die unentgeltlichen Vertragsarten Anwendung finden können. Das Fehlende ist nach der Natur des einzelnen Rechtsverhältnisses zu ergänzen, nicht durch gewaltsames Einschachteln in die gesetzlichen Regeln des Typus, mit denen der Vertrag in den Hauptzügen übereinstimmt. Andernfalls wird man auch die Möglichkeit, einen gemischten Vertrag oder einen Vertrag eigener Art zu bilden, in Betracht ziehen müssen.

Diese Ansicht dürfte wohl dem Richter die nötige

---

1) Hoeniger, S. 334 f.
2) Hoeniger, S. 336 u. S. 4.

Beweglichkeit, aber auch einen sicheren Maßstab geben, die im Verkehrsleben vorkommenden Gefälligkeiten in einer dem Rechtsbewußtsein und der Verkehrsauffassung entsprechenden Weise zu regeln.[1]

Insoweit muß man jedoch Krückmann Recht geben, daß eine große Anzahl von Gestattungsverträgen sich bei ihrer Auslegung als Schenkung, unentgeltliche Verwahrung, Leihe oder Auftrag herausstellen werden. Diese sind nach den im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Verträgen zu behandeln, natürlich nur soweit sich aus den Verabredungen der Parteien nichts Abweichendes ergibt. Dort jedoch, wo Mischformen von Verträgen vorliegen, die den gesetzlichen Tatbeständen zwar gewisse Momente entnehmen, sich unter diese doch nicht ganz einordnen lassen, wird Krückmann mit den von ihm vorgeschlagenen "gemischten Verträgen" allein nicht helfen können.

Man wird also hier als Ergebnis feststellen müssen, daß man die Gestattungsverträge nicht immer als Verträge eigener Art ansehen und auch nicht versuchen darf, sie in eine der vorhandenen Typen zu pressen, sondern daß man den Vertrag in erster Linie nach dem besonderen Inhalt der Vereinbarung beurteilt. In der Regel werden wir zunächst die Vorschriften der im Bürgerlichen Gesetzbuch vorhandenen Vertragsarten unmittelbar oder entsprechend zur Anwendung zu bringen versuchen, ohne jedoch dem Rechtsverhältnis Zwang anzutun. Wo aber die für diese Kategorie aufgestellten Rechtsfolgen dem von den Parteien gewollten wirtschaftlichen Erfolg nicht entsprechen würden, könnte man unbedenklich einen Vertrag eigener Art konstruieren mit einer Kombination der Rechtsfolgen, wie sie sich aus ähnlichen gesetzlichen Vertragsverhältnissen ergeben.

Von diesem Grundgedanken ist auch auszugehen, wenn man im Folgenden untersuchen will, wie einzelne Gefälligkeitsleistungen, die dauernde und zeitweilige Überlassung von Sachen und die Leistung von Diensten im rechtlichen Verhältnis zu den vier im Gesetz geregelten unentgeltlichen Verträgen stehen.

Betrachten wir zunächst den Fall, in dem aus Ge-

1) Vgl. hierzu Jung, Ziv.Arch. Bd. 117, S. 58 ff. Jher. Jahrb. Bd. 69, S. 61 ff.

fälligkeit ein Gegenstand zu dauernder Ueberlassung gegeben wird. Krückmann[1] will diese Gefälligkeitshandlung nach den Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Schenkung behandeln. Dieser Auffassung ist zuzustimmen unter der Bedingung, daß die Voraussetzungen vorliegen, die das Bürgerliche Gesetzbuch an einen solchen Vertrag stellt. Würde also der Gefällige dem Gefälligkeitsempfänger versprechen, von einem späteren bestimmten Zeitpunkt ab, ihm eine bestimmte Sache dauernd zu überlassen, so wäre ein solcher Gestattungsvertrag gemäß den Vorschriften des Gesetzes über das Schenkungsversprechen an gewisse Vorschriften gebunden. Das Schenkungsversprechen (nur dieses, nicht die Annahme) bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, soweit nicht durch inzwischen erfolgte Bewirkung der versprochenen Leistung der Mangel der Form geheilt wird. Erfolgt aber die dauernde Ueberlassung der Sache sofort, so haben wir es mit einer sog. Handschenkung zu tun. Hier aber erhebt sich die Frage, ob der Schenker bei der Handschenkung Verpflichtungen übernimmt. Literatur[2] und Rechtsprechung verneinen die Frage. Enneccerus begründet dies folgendermaßen: Die Schenkung liegt bei diesen promissorischen Schenkungen schon in der Begründung der Verpflichtung; Daraus darf man aber nicht mit Eckstein a.a.O. folgern, daß auch die ohne vorgängiges Versprechen vollzogene Schenkung (z.B. die Handschenkung durch Uebergabe) einen obligatorischen Vertrag enthalte. Das entspricht weder der vermutlichen Absicht der Parteien noch der Sachlage. Wer Geld verschenkt, das sich später als unechtes erweist, braucht nicht echtes zu leisten. In der nach § 516 BGB zum Begriff der Schenkung erforderlichen Einigung der Beteiligten über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung liege nur ein schuldrechtlicher Vertrag in dem Sinne, daß die Einigung den Rechtsgrund schafft, der die durch die Zuwendung bewirkte Bereicherung schuldrechtlich rechtfertigt. Als charakteristisches Merkmal ist jedoch immer zu beachten, daß die Zuwendung den Gefälligkeitsempfänger bereichert und eine Vermögensminderung auf Seiten des Schenkers eintritt. Die Bereicherung kann in

1) Krückmann, Bl.f.R. Bd. 54, S. 114.
2) Enneccerus, Bd. II, § 120, Anm. 2; Planck, II. Bd., 2. Hälfte, § 516, Ziff. 3; Staudinger, II. Bd., 2. Teil, § 516; a.M. Eckstein, Ziv.Arch. Bd. 107, S. 384 ff.; Rathey, S. 12.

einer Vermögensvermehrung jeglicher Art bestehen; z. B. liegt eine Schenkung vor, wenn jemand gefälligerweise eine Forderung wissentlich verjähren läßt, oder wenn er für den Gefälligkeitsempfänger durch Eingehen von Verbindlichkeiten oder Uebernahme von Belastungen Rechte begründet. Eine Bereicherung liegt dann nicht vor, wenn es sich nur um Zuwendung ideeller Werte handelt, z. B. Darbietung eines Kunstgenusses.

Wenn nun in einer aus Gefälligkeit erfolgten dauernden Ueberlassung einer Sache eine Schenkung erblickt werden kann, so ist andererseits nicht jede Schenkung ein Gefälligkeitsvertrag. Es gibt gewisse Abwandlungen der Schenkung, bei denen die Zuwendung nicht aus Gefälligkeit, nicht in selbstloser Weise vorgenommen wird; dahin gehören die sog. Anstandsschenkungen, die einer sittlichen Pflicht oder auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen. Ebenso kann man hier die sog. Danaerschenkungen rechnen, d.h. solche Schenkungen, die dem Beschenkten Nachteil bringen sollen.

Haben wir soeben die dauernde Ueberlassung einer Sache aus Gefälligkeit untersucht, so soll im Folgenden näher auf die zeitweilige Ueberlassung von Sachen eingegangen werden. Wenn wir die aus Gefälligkeit erfolgte Leistung zuerst auf ihre rechtliche Bedeutung untersucht haben, und zu dem Ergebnis gekommen sind, daß es sich um ein Schuldverhältnis handelt, so werden wir uns weiter fragen müssen, ob dieser Vertrag unter die im Gesetz wesensverwandten Typen sich einreihen lässt. Eine Ueberlassung zu vorübergehendem Gebrauch regeln die Leihe (§§ 598 ff. BGB) und die unentgeltliche Verwahrung (§§ 688 ff. BGB). Wann liegt nun eine Leihe und wann eine unentgeltliche Verwahrung vor? Ich will dies an einem Beispiel erläutern. Die juristische Fakultät einer Universität lässt ein Bild eines ihrer Dozenten malen. Die Universitätsbuchhandlung stellt dasselbe einige Zeit in ihrem Schaufenster unentgeltlich aus. Hierbei kann es sich sowohl um einen Leihvertrag als auch um einen Verwahrungsvertrag handeln. Zur Beantwortung nach dem Rechtsverhältnis muß man von dem wirtschaftlichen Zweck ausgehen, den die Parteien im Auge haben. Kommt es der Buchhandlung nur darauf an, daß ihr das Bild zum Ausstellen übergeben wird, so liegt ein Leihvertrag vor; will aber andererseits die Fakultät das Bild nicht in ihren Räumen lassen und übergibt sie es deshalb der Buchhandlung, so haben wir es

mit einem Verwahrungsvertrag zu tun. Das wesentliche Merkmal zwischen Leihvertrag und Verwahrungsvertrag besteht also vorwiegend darin, in wessen Interesse die Überlassung des Gegenstandes erfolgt. Die Leihe erfolgt vorwiegend im Interesse des Empfängers, die Verwahrung in dem des Hingebenden.[1] Hat man auf diese Weise erst die in Frage kommende Vertragsart festgestellt, so bietet die Abgrenzung der sich ergebenden Rechte und Pflichten keine Schwierigkeiten mehr. Eine Erörterung über Rechte und Pflichten bei solchen Gestattungsverträgen erübrigt sich also.

Der Leihvertrag ist also die unentgeltliche Überlassung des Gebrauchs einer Sache an einen anderen gegen die Verpflichtung der Rückgabe nach Erledigung des Gebrauchszweckes. Die Gebrauchsüberlassung kann durch die Dauer begrenzt sein, entweder durch eine von vornherein feste oder durch Kündigung festzustellende Zeit oder durch Erledigung des Gebrauchszweckes. Möglich ist aber auch ein weder durch zeitliche Begrenzung, noch durch den Zweck in seiner Dauer bestimmter Leihvertrag; alsdann kann der Verleiher die Sache jederzeit zurückfordern, (§ 604 Abs. III). Diese Möglichkeit kommt gerade bei den Gestattungsverträgen sehr häufig vor und begründet eine besondere Art der Leihe, die nur "weniger streng durchgebildet ist".[2] Sehr umstritten ist die rechtliche Natur der Leihe.

Ist die Leihe ein Realvertrag, d.h., kommt der Vertrag erst mit der Hingabe der Sache oder schon mit der vollzogenen Einigung der Parteien zustande? Die Protokolle zum Bürgerlichen Gesetzbuch[3] sagen ausdrücklich, daß das Bürgerliche Gesetzbuch diese Frage nicht habe entscheiden wollen, sondern die Regelung der Wissenschaft überlasse. Für den konsensualen Charakter der Leihe treten ein: Cosack,[4] Kohler;[5] für den realvertraglichen die beherrschende Meinung, so: Planck,[6] Crome,[7] Dernburg,[8]

1) Oertmann, II. Buch, 2. Abt., Vorbem. 6 e vor § 688; Staudinger, II. Bd., 3. Teil, Vorbem. 9 vor § 688.
2) Oertmann, II. Buch, 2. Abt., Vorbem. I vor § 598.
3) Protokolle II, S. 269.
4) Cosack, § 203, I, 1.
5) Kohler, S. 233.
6) Planck, II. Bd., 2. Hälfte, Vorbem. I vor § 598.
7) Crome, II. Bd., § 246, Anm. 6.
8) Dernburg, § 230, II. (Pandekten).

Endemann,[1] Enneccerus,[2] Gierke,[3] Kober- Staudinger,[4] Warneyer,[5] Matthiass,[6]. Ihr ist beizupflichten. Die eigentümlichen Pflichten des Entleihers, zur angemessenen Behandlung und zur Rückgabe der Sache, setzen eine vorgängige Hingabe voraus. Hierfür spricht auch der Gesetzestext, der stets nur von einer vollzogenen Uebergabe spricht, niemals aber von einer Pflicht zur Uebergabe aus einem Konsensualleihvertrag, wie dies bei der Miete im § 536 BGB durch Aufstellung einer besonderen Ueberlassungspflicht des Vermieters der Fall ist.

Wenn auch das BGB die Leihe als Realvertrag geregelt hat, so folgt daraus aber nicht, dass sie nicht auch Konsensualvertrag sein könnte. Beides schließt einander nicht aus, und dies ist im Streit um Konsensual- und Realvertrag oft übersehen worden. Im Grunde ist deshalb der Streit um Konsensual- und Realvertrag hier ziemlich müßig.[7] Wichtig ist dies für uns nur deshalb, weil auf einem Gestattungsvertrag nur dann die Vorschriften der Leihe Anwendung finden dürfen, wenn die Ueberlassung der Sache zum Gebrauch auch stattgefunden hat. Verspricht jemand einem anderen eine Sache zu leihen, so ist hierin nur ein Vorvertrag zu sehen.[8]

Gegenstand der Leihe können bewegliche Sachen oder Grundstücke sein. Auch bei verbrauchbaren Sachen, z.B. einem Geldstück zum Vorzeigen, einem Fruchtkorb zur Schaustellung, ist Leihe nicht ausgeschlossen, wenn der gestattete Gebrauch nicht in einem Verbrauche besteht. Die leihähnliche Ueberlassung der Ausübung von Rechten, insbesondere einer Forderung, fällt dagegen grundsätzlich nicht unter den Begriff der Leihe, doch ist die entsprechende Anwendung der für diese geltenden Vorschriften nicht ausgeschlossen. Die Eigentumsverhältnisse bleiben beim Leihvertrag dieselben, während der Verleiher regelmäßig mittelbarer Besitzer wird. Der Ge-

1) Endemann, I. Bd., § 183, Anm. 1.
2) Enneccerus, § 360, 2.
3) Gierke, S. 571.
4) Kober-Staudinger, II.Bd.2.Teil, Vorbem.2 v.§598.
5) Warneyer, I. Bd., § 598, Anm. I.
6) Matthiass, S. 575.
7) Krückmann, Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 228 ff.
8) Burchard, S. 144.

fälligkeitsempfänger muß also die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt haben. In manchen Fällen dieser Art wird es deshalb schwierig sein, das zu Grunde liegende Schuldverhältnis festzustellen. Nehmen wir einige Beispiele:[1] A besitzt einen großen Park und gestattet seinem Freund B, der soeben eine Krankheit überstanden hat, sich, so oft es ihm beliebt, in seinem Parke zu ergehen. B nimmt dies Anerbieten an. Ein anderer Fall: A ist Eigentümer einer umfangreichen Bibliothek und stellt sie dem Historiker B zu wissenschaftlichen Arbeiten zur Verfügung.

In all diesen Fällen handelt es sich um ein Vertragsverhältnis, denn der Versprechende geht doch überall eine Verpflichtung ein, nämlich, einen Gebrauch durch den anderen in der Zukunft zu dulden -- eine Verpflichtung, die der Duldungspflicht des Verleihers gleichsteht. Handelt es sich etwa direkt um einen Leih-Vertrag oder können die Vorschriften der Leihe analog angewandt werden? Wie wir bereits oben festgestellt haben, gibt das Besitzverhältnis den Ausschlag. Liegt in den beiden erwähnten Fällen Mitbesitz vor, so haben wir es mit einem Leihvertrag zu tun. Lässt sich der Mitbesitz oder der Alleinbesitz des Gefälligkeitsempfängers nicht feststellen, so haben wir einen dem Leihvertrage ähnlichen Vertrag vor uns, auf den dennoch, soweit Parteiabreden nichts Abweichendes ergeben, die Vorschriften über die Leihe Anwendung finden.[2] Näher auf die Rechte und Pflichten der Parteien hier einzugehen, erübrigt sich, da dieselben im Bürgerlichen Gesetzbuch ausführlich geregelt sind.

Im Anschluss an diese Erwägungen soll noch näher auf die sog. Raum- oder Platzleihe eingegangen werden. Hierbei handelt es sich um eine unentgeltliche zeitweilige Ueberlassung von Grundstücken. Neben den bereits oben erwähnten Fällen sei noch genannt: A überlässt einem Bekannten für längere Zeit einen Teil seiner Wohnung, oder er gestattet ihm, in einigen Räumen seine Möbel unterzustellen. Mehrere Hauseigentümer gestatten der Strassenbahn-Gesellschaft, die elektrische Oberleitung für die Strassenbahn an den Häusern anzu-

1) Sugg, S. 20; Hempfing, S. 20; Wichers, S. 35; Balzereit, S. 30.
2) So Sugg, S. 23.

bringen. Wir hatten gesagt, dass die Annahme eines Leihvertrages auf Seiten des Gefälligkeitsempfängers Besitz voraussetzt. In der Gestattung der Benutzung durch einen anderen wird nun zwar regelmässig eine Besitzverschaffung liegen, aber dies ist nicht unbedingt nötig;[1] und man wird deshalb auch dort die Vorschriften der Leihe entsprechend anwenden können. Ob man dabei jede einzelne Vorschrift des Vertragstypus wird anwenden dürfen, wird eine nähere Auslegung des Vertrages nach den §§ 157, 242 BGB ergeben.

Verträge der oben geschilderten Art kommen im Leben sehr häufig vor; z. B. die unentgeltliche Besichtigung von Kirchen, Schlössern, Museen, Gartenanlagen, Industriewerken, die Gestattung der Durchfahrt durch einen Wald, auf einem Privatweg usw. Hierbei ergeben sich nun oft Grenzfälle, in denen die Frage nach dem Vorliegen eines Vertragsverhältnisses sehr streitig ist. In dem Anschlag, nach dem es jedermann gestattet ist, mein Eigentum in einer bestimmten Weise zu benutzen, liegt nur eine Erlaubnis, die ich jederzeit zurücknehmen kann, und die nur die rechtliche Bedeutung hat, dass der Gefälligkeitsempfänger die Sache nicht widerrechtlich benutzt.[2] Ebenfalls ist es nicht möglich, daß ich während dieser Zeit die Besitzstörungsrechte gegen den Benutzenden geltend mache.[3] Planck[4] hält es für zweifelhaft, ob ein derartiger Anschlag überhaupt als einseitiger Verzicht auf die volle Ausübung des Eigentums eine rechtliche Wirkung habe. Jedenfalls könne man aber darin das Angebot an jedermann erblicken, die Sache zu dem angegebenen Zwecke zu benutzen. Wer von dieser Gestattung Gebrauch mache, nehme das Angebot an und damit komme ein Vertrag zustande, auf welchen die Vorschriften über einen Leihvertrag der in § 604, Abs. III bezeichneten Art entsprechend anzuwenden sein würden.

Dass es sich hier um einen Leihvertrag handelt, wird auch von Zabel[5] behauptet; denn hierher gehörten auch die Fälle, in denen jemand durch Anschlag die Benutzung eines Parkes, den Durchgang durch ein Grundstück,

1) Hempfing, S. 23.
2) Balzereit, S. 31.
3) Sugg, S. 23.
4) Planck, II.Bd., 2.Hälfte, Vorbem. III vor § 598.
5) Zabel, S. 16.

das Abladen von Schutt auf einem Grundstück gestatte; wer von dieser Erlaubnis Gebrauch mache, schliesse dadurch mit dem Gestattenden einen Leihvertrag ab.

Diesen Ausführungen möchte ich mich nicht anschliessen, denn es würde den Anschauungen des Lebens nicht entsprechen, wenn man in all diesen Fällen "unzählige stillschweigende Einzelverträge"annimmt.[1]

Ein anderes Beispiel bringt Danz:[2] Ein Spediteur der mit seinem Möbelwagen auf der Strasse fährt, wird von einem Manne, der mit seiner Familie und seinem Mobiliar vom Gerichtsvollzieher wegen Nichtzahlung des Mietzinses auf die Straße gesetzt ist, angerufen: ob er nicht seine Möbel aufnehmen wolle, ob er sie ihm nicht in Verwahrung geben könne? Der Spediteur erwidert: "Meinetwegen, Ihr könnt sie in meinen Hof stellen." Die Möbel werden dann im unbedeckten Hof des Spediteurs aufgestellt. Daß es sich hier nicht um einen entgeltlichen Verwahrungsvertrag handelt, ergeben schon die Umstände, denn wer wegen Nichtzahlung des Mietzinses auf die Straße gesetzt ist, hat eben kein Geld. Der Spediteur hätte sonst besondere Abmachungen treffen müssen. Aber selbst um einen unentgeltlichen Verwahrungsvertrag kann es sich nicht handeln. Wenn ich jemandem gestatte, seine Möbel in einem mir gehörigen Raum oder in einem Teil meines Hofes unterzustellen, so will ich mich keineswegs verpflichten, für seine Möbel irgend eine Sorgfalt aufzuwenden, sondern ich stelle lediglich einen mir zur Verfügung stehenden Raum dem anderen zur Benutzung frei. Ich übernehme also höchstens eine Duldungspflicht, aber keine Verwahrungspflicht, so daß wir zu dem Ergebnis kommen, daß kein im Gesetz geregelter Fall vorliegt.

Ein ähnlicher Fall findet sich bei Jhering:[3] Es gestattet jemand seinem Nachbarn bei einem Bau das Baumaterial auf seinem Hofraum abzulagern, nach einem Brande das Vieh in seinen Stall, seinen Wagen in seine Remise zu stellen. Dass hier keine Verwahrung vorliegt, braucht nicht gesagt zu werden, der Gefällige übernimmt keine Verpflichtung inbezug auf Aufbewahrung der Sachen,

1) Planck, Vorbem. III, vor § 598.
2) Danz, Laienverstand und Rechtsprechung, Jher.Jahrb. Bd. 38, S. 476.
3) Jhering, Der Besitzwille, S. 419.

sondern erteilt nur dem anderen die Erlaubnis, sie auf seinem Grundstück unterzubringen. Also auch hier handelt es sich um eine bloße Duldungspflicht des Gefälligen.

Diesen Erwägungen kann man sich jedoch nicht ganz anschliessen. Wenn sich der Leihvertrag auch als Realkontrakt darstellt, so haben wir doch schon oben nachgewiesen, daß die reale Hingabe der konsensualen Vereinbarung auch nachfolgen kann.[1] Ausserdem ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch an Teilen eines Grundstückes Besitz möglich[2], wie beispielsweise an einer Wohnung. Und wenn es sich auch nicht immer um Alleinbesitz handelt, so liegt doch in der Gestattung der Benutzung der betreffenden Räume bezw. des Platzes ein Einräumen des Mitbesitzes.

Allerdings wird es sich hier häufig um Grenzfälle handeln, bei denen es schwer zu entscheiden ist, ob der Gefälligkeitsempfänger Mitbesitzer gewordern, oder der Gefällige Alleinbesitzer -- und zwar unmittelbarer- geblieben ist. Im ersteren Falle haben wir es mit einem Leihvertrage zu tun, da Alleinbesitz der geliehenen Sache auf Seiten des Entleihers nicht erforderlich ist, sondern Mitbesitz genügt. In letzterem jedoch liegt ein dem Leihvertrag ähnlicher Vertrag eigener Art vor, auf den die Vorschriften über die Leihe sinngemäß anzuwenden sind.

Haben wir bis jetzt die Fälle untersucht, in denen der Gefällige dem Gefälligkeitsempfänger die zeitweilige Überlassung von beweglichen und unbeweglichen Sachen gestattete, so soll im folgenden noch kurz auf die Überlassung fremder Rechte eingegangen werden.

Hier sei ein Beispiel angeführt, das bereits oben schon erwähnt worden ist. Der Jagdberechtigte A, der an persönlicher Ausübung der Jagd verhindert ist, hat seinem Freunde F gestattet, er könne, wie es ihm Vergnügen mache und seine Zeit erlaube, die Jagd ausüben. Die Vereinbarung zwischen den Freunden kann kein Leihvertrag sein, denn durch den Leihvertrag wird der Verleiher verpflichtet, dem Entleiher den Gebrauch einer Sache unentgeltlich zu gestatten (§ 598 BGB). Trotzdem ist zu prüfen, ob man nicht den Vertrag als ein der Leihe ähn-

1) Planck, II. Bd., 2. Hälfte, Vorbem. I vor § 598.
2) Planck, II. Bd., 2. Hälfte, Vorbem. III v. § 598.
Staudinger, II. Bd., 2. Teil, § 598, 2a; Zabel, S. 18.

liches Vertragsverhältnis behandeln muß, auf den dennnoch die Vorschriften der Leihe entsprechend anzuwenden sind. So führt auch Balzereit[1] hierzu aus, daß ein Jagdberechtigter, der seinem Freund aus Gefälligkeit einen Jagderlaubnisschein ausstellt, sich verpflichtet, diesem die Ausübung der Jagd unentgeltlich zu gestatten, und daß man auf diesen Gestattungsvertrag die Vorschriften der Leihe analog anwenden dürfe. Aehnlich äussert sich Enneccerus:[2] "Die leihähnliche Ueberlassung der Ausübung von Rechten fällt dagegen nicht unter den Begriff der Leihe, doch ist die entsprechende Anwendung der für die geltenden Vorschriften nicht ausgeschlossen". Cohn[3] sieht in der Erteilung des Jagderlaubnisscheins ein dem gemeinrechtlichen precarium verwandtes Rechtsverhältnis, das im Bürgerlichen Gesetzbuch zwar nicht aufgenommen sei, das aber als eine Unterart der Leihe aufzufassen sein würde. Aehnlich äussern sich Ortmann[4] und Staudinger.[5]

Kuhlenbeck[6] führt aus: Die frühere Theorie erkannte ziemlich übereinstimmend an, daß auch Rechte Gegenstand eines Leihvertrages sein können. Auch das Reichsgericht bezeichnet beispielsweise die Lizenz als Erlaubnis zur Benutzung einer Erfindung, also als möglichen Gegenstand eines Leihvertrages. Da jedoch das Bürgerliche Gesetzbuch in § 598 den Begriff der Leihe auf Sachen beschränkt, Sachen aber nach § 90 BGB nur körperliche Gegenstände sind, dürfen wir im strengen Rechtssinne jetzt nicht mehr von Leihverträgen in Beziehung auf Rechte reden. Immerhin sind zweifellos auf die unentgeltliche Ueberlassung der Nutzung eines Rechtes, also z. B. eines Patentrechtes, die Grundsätze des Leihvertrages entsprechend anzuwenden.[7]

Hier sei nun noch auf einen in der Literatur häufig angeführten Fall[8] eingegangen: A überläßt zeit-

---

1) Balzereit, S. 31.
2) Enneccerus, Bd. II, S. 137, Anm. 2.
3) Cohn, "Recht" 1909, S. 707.
4) Oertmann, Vorbem. 1 b vor § 598.
5) Staudinger, II. Bd., 2. Teil, § 598, 2 d.
6) Kuhlenbeck, J.W. 1904, S. 229; vgl. auch Crome System des bürgerl. Rechts, S. 588.
7) Balzereit, S. 31; Hempfing, S. 26; Sugg, S. 23; Rathey, S. 18; Wichers, S. 39.

weise dem B einen Garten unentgeltlich zum Gemüseanbau. Er gestattet also dem B, für die Zukunft den Garten zu benutzen und gewährt ihm die Früchte desselben. Wäre B verpflichtet, dem A einen Zins zu zahlen, so läge ein Pachtvertrag vor. Fehlt jedoch das Moment der Entgeltlichkeit, so müssen wir den Vertrag als einen Vertrag eigener Art auffassen, denn ein dementsprechend "unentgeltlicher Pachtvertrag" fehlt im Bürgerlichen Gesetzbuch. Wesentlich ist nun, welche Bestimmungen auf diesen Vertrag anzuwenden sind. Einige[1] behandeln den Vertrag analog der Leihe, andere[2] nehmen einen gemischten Vertrag an, der Bestimmungen der Leihe, Pacht und Schenkung enthält. Rathey[3] ist der Meinung, daß die Annahme eines gemischten Vertrages verfehlt sei, da ja der Pachtvertrag seit jeher als einheitlicher Vertrag behandelt werde, obwohl man ihn als aus Tatbestandsstücken der Miete und des Kaufes zusammengesetzt auffassen könnte; aber dem ist entgegenzuhalten, daß es sich hier gar nicht um einen Pachtvertrag handelt, weil ihm das wesentliche Moment der Entgeltlichkeit fehlt. Unter eine andere im Gesetz geregelte Vertragsart läßt sich dieser Fall aber auch nicht ohne weiteres einreihen, und man ist deshalb gemäß § 157 und § 242 BGB gezwungen, diejenigen Bestimmungen anderer Schuldverhältnisse hier anzuwenden, die der hier in Betracht kommenden Gefälligkeit am meisten gerecht werden. Uebrigens läßt Rathey die Frage offen, welche Bestimmungen er für seinen "Vertrag eigener Art" anwenden will. Diejenige Meinung dürfte die richtige sein, die hierin einen gemischten Vertrag erblickt, auf den die Bestimmungen der Leihe, der Pacht und der Schenkung angewandt werden müssen. Wir werden also bei der Auslegung dieses Vertrages die Bestimmungen der §§ 587 - 589, §§ 592 - 594 BGB heranziehen und schliesslich den Gefälligkeitsempfänger anhalten dürfen, das Grundstück nach Ablauf der Zeit in dem Zustande zurückzugeben, der sich bei einer ordnungsmässigen Bewirtschaftung ergibt.

Soweit wir bisher die Verträge mit einer zeitweiligen Ueberlassung einer Sache betrachtet haben, handelt es sich immer um solche Gestattungsverträge, auf die die Bestimmungen des BGB über den Leihvertrag zu di-

1) Hempfing, S. 26; Sugg, S. 23.
2) Wichers, S. 39, Balzereit, S. 32.
3) Rathey, S. 19.

rekter oder analoger Anwendung führten.

Im folgenden soll nun noch untersucht werden, wann die Vorschriften des Verwahrungsvertrages Anwendung finden. Ueber den Unterschied zwischen Leihe und Verwahrung wurde bereits berichtet. Während es sich in beiden Fällen um eine zeitweilige unentgeltliche Ueberlassung von Sachen handelt, liegt der wesentliche Unterschied darin, daß beim Leihvertrag die Ueberlassung im wesentlichen Interesse des Entleihers erfolgt, während wir einen Verwahrungsvertrag annehmen, wenn das Hauptinteresse auf Seiten des Vertragsgegners liegt. In diesem Fall kommt es dem Hingebenden vor allem auf die sorgfältige Aufbewahrung der Sache an. Gegenstand des Verwahrungsvertrages können nur bewegliche Sachen sein. Die Sache wird dem Verwahrer übergeben, der Verwahrungsvertrag ist also wie der Leihvertrag ein Realvertrag. Der Vertrag ist auf Verwahrung der Sachen gerichtet d.h. ihnen soll ein angemessener Platz und gehörige Obhut gewährt werden. Wird über die Raumgewährung und Obhut hinaus eine besondere Bewachungstätigkeit oder Pflege versprochen, so kann ein Auftrag oder Dienstvertrag vorliegen. Zum Gebrauche ist der Verwahrer nicht berechtigt. Erscheint aber nach Absicht der Parteien die Verwahrung als die Hauptsache und ist dem Verwahrer nur gestattet, unter Umständen oder in nebensächlicher Beziehung die Sache auch gebrauchen zu dürfen, so ist das als eine Nebenberedung bei dem Verwahrungsvertrage aufzufassen. Kein Verwahrungsvertrag liegt deshalb vor, wenn die Pflicht zur Aufbewahrung nur eine unselbständige Nebenleistung in einem anderen Vertragsverhältnisse ist. In solchen Fällen gelten die Bestimmungen über den Verwahrungsvertrag höchstens erst in zweiter Linie.

Auch Verwahrungsverträge, die aus dem Motiv der Gefälligkeit entspringen, gibt es im täglichen Leben sehr viele. Meinem auf der Reise befindlichen Nachbarn habe ich vor Antritt seiner Reise versprochen, seine Wertsachen während dieser Zeit aufzuheben. In diesem Falle handelt es sich um einen Verwahrungsvertrag mit kleinen Nebenleistungen, auf die man die Bestimmungen des Auftrages noch heranziehen könnte. Als Nebenverpflichtungen mögen in Betracht kommen die Kontrolle über die Auslosung der in Verwahrung genommenen Wertpapiere und die Einlösung der Zinsscheine. Immerhin muß die Aufbe-

wahrung den einzigen oder doch hauptsächlichen Inhalt eines Vertrages ausmachen. Erscheint sie nur als Ausfluß eines anderen Vertrages, wie z.B. beim Arzt, beim Speisewirt, beim Rechtsanwalt, so ist regelmäßig nur der ordnungsmäßige Zustand der zum Ablegen der Garderobe, Unterstellen der Fahrräder und dgl. gebotenen Gelegenheit versprochen, nicht aber auch eine Pflicht zur Aufbewahrung selbst übernommen. Das gilt auch dann, wenn ein besonderer unter Aufsicht stehender Raum zur Verfügung gestellt wird[1]. Der Arzt, der Speisewirt haben sich neben ihrer Hauptverpflichtung nur verpflichtet, den vertragsmäßigen Gebrauch eines Raumes zu gestatten. Auf die Verpflichtungen des Verwahrers und des Hinterlegers im einzelnen einzugehen, ist hier nicht am Platze.

Aehnlich verhält es sich in den Fällen, in denen aus Gefälligkeit Dienste geleistet werden. Ein Dienstvertrag selbst kann nicht vorliegen, da derselbe entgeltlich ist. Bei der großen Anzahl von Verträgen über unentgeltliche Dienste helfen die Bestimmungen über den Auftrag hinweg, denn § 662 BGB bestimmt: "Durch die Annahme des Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm vom Auftraggeber übertragenes Geschäft unentgeltlich zu besorgen." Der Ausdruck "ein Geschäft besorgen" in § 662 BGB ist nicht in dem beschränkteren Sinne zu verstehen, in dem in § 675 BGB von "Geschäftsbesorgung" gesprochen wird. Dies ist umso unwahrscheinlicher, als dann für die unentgeltliche Übernahme rein mechanischer Verrichtungen jede Regelung fehlen würde, die Vorschriften über den Auftrag also doch analog angewendet werden müßten[2]. Ob ich also für jemanden ein Zimmer miete, für ihn einen Anzug reinige oder Holz spalte, alles dies fällt unter den Begriff der Geschäftsbesorgung, so daß wir uns viele Beispiele denken können, in denen jemand einem anderen aus Gefälligkeit Dienste leistet. Wenn ich auf Bitten eines Freundes für ihn ein Buch kaufe, so ist dies ebenso eine Geschäfts-

1) Vgl. RG Bd.104, S.45; Bd.105, S.203; Bd.109, S. 261 (alle über die Haftung des Wirtes); Bd.99, S.35 (Arzthaftung).

2) Leonhard, Lehrbuch in kurzen Sätzen, S.93; Enneccerus, Bd.II, § 157, S.526.

besorgung, wie wenn ich dem kranken Freunde täglich mehrere Stunden vorlese. Ob hier die Bestimmungen des Auftrages anzuwenden sind, wird davon abhängen, ob zwischen uns ein Vertragsverhältnis besteht. Wenn ich dem Freund versprochen habe, ihm täglich vorzulesen, so ist nicht einzusehen, warum dies Versprechen keine verpflichtende Wirkung haben sollte. Das Versprechen hat eine Wirkung für die Zukunft und deshalb ergibt sich daraus auch eine Verpflichtung zur Ausführung der übernommenen Leistung. Die einzelnen Rechte und Pflichten des Gefälligen und des Gefälligkeitsempfängers ergeben sich dann aus den §§ 662 ff. BGB.

Nun kommt es auch häufig vor, daß jemand einem anderen eine Gefälligkeit durch Leisten von Diensten erweist, ohne daß der andere hiervon etwas weiß. Ich weiß, daß mein Bekannter sich sehr für Briefmarken interessiert. Zufällig sehe ich bei einem Briefmarkenhändler eine seltene Marke, die mein Bekannter noch nicht besitzt, die er sich aber schon immer gewünscht hat. Ich kaufe die Marke für ihn, ohne von ihm beauftragt zu sein. Hier handelt es sich also um eine Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff.). Andere Fälle solcher Art: man zahlt ohne Wissen des Freundes seine Schuld; dringt in das Haus des verreisten Nachbarn ein und stellt die Wasserleitung ab, weil ein Rohr geplatzt ist; man pflegt einen hilflos aufgefundenen Menschen, man füttert einen zugelaufenen Hund. In all diesen Fällen spricht man von Geschäftsführung ohne Auftrag. Die Menschenhilfe erfolgt hier aus Freundschaft, Mitleid oder Humanität, so daß sich die Leistung als eine Gefälligkeit darstellt.

Das, was im Vorhergehenden über den Auftrag gesagt wurde, gilt dann auch hier: die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag finden Anwendung (§§ 677 ff.BGB). Voraussetzung ist hier jedoch, daß das Geschäft für den anderen in dessen Interesse und für dessen Rechnung geführt wurde, und daß der Geschäftsführer nicht infolge eines Auftrages oder aus einem anderen Grunde dem Geschäftsherrn gegenüber zur Geschäftsführung berechtigt oder gar verpflichtet ist. Im übrigen unterscheiden sich die Gefälligkeitsleistungen nicht.

In diesem Zusammenhange sei noch auf ein Vertragsverhältnis hingewiesen, in dem sich nicht immer ein reiner Auftrag findet, sondern in dem auch leihrecht-

liche und verwahrungsrechtliche Elemente vorkommen. Man erwäge folgenden Fall: Frau A, die eine schwere Last zu tragen hat, bittet den sie überholenden Fuhrmann B, ob sie nicht ihre Last auf den Wagen legen dürfte. Es handelt sich hier um den sog. "Gefälligkeitsbeförderungsvertrag",[1] dessen rechtliche Natur äusserst bestritten ist.

Wann es sich hier um ein wirkliches Schuldverhältnis handelt, aus dem sich Rechte und Pflichten ergeben, und wann wir es nur mit einer Gefälligkeit nichtrechtlicher Natur zu tun haben, ist bereits untersucht worden. Um einen Gestattungsvertrag, also um ein wirkliches Schuldverhältnis wird es sich handeln, wenn der Gefällige verspricht, einen Gebrauch durch den anderen in der Zukunft zu dulden.

An dieser Stelle soll lediglich ausgeführt werden, welche Bestimmungen auf diesen sog. Beförderungsverträg anzuwenden sind. Sind hier nur die Vorschriften des Auftrages anzuwenden, da es sich um Dienstleistungen handelt, oder kommen auch diejenigen der Schenkung, Leihe oder Verwahrung in Betracht? M. E. kommen in dem mitgeteilten Fall nicht einmal die Bestimmungen über den Auftrag in erster Linie in Betracht. Es handelt sich hier vielmehr um den Fall der sog. Platz- oder Raumleihe. Der Fuhrwerksbesitzer will sich ja garnicht verpflichten, die Last der Frau bis zum nächsten Ort oder bis zu einem bestimmten Ziel mitzunehmen. Er geht nur die Verpflichtung ein, einen Gebrauch des Wagens oder eines Teiles des Wagens durch einen anderen für die Zukunft zu dulden -- also eine Verpflichtung, die der Duldungspflicht des Verleihers gleichsteht.[2] Dem Fuhrherrn steht es jederzeit frei, seinen Fahrweg im Bedarfsfalle zu ändern. Als Nebenabreden können allerdings solche getroffen werden, die auf eine Werk- oder Dienstleistung hinauslaufen, sodaß wir im vorliegenden Fall neben den Vorschriften der Leihe auch diejenigen des Auftrags zu beachten hätten. Ein Ergebnis entgegengesetzter Art würde folgender Fall bilden: Ein Kasseler Kaufmann hat geschäftlich in Berlin zu tun. Auf Bitten eines Bekannten nimmt er diesen, der geschäftlich in Hannover zu tun hat, im Au-

1) Balzereit, S. 42.
2) Vgl. Jung, Ziv.Arch. Bd. 117, S. 57.

to unentgeltlich bis dorthin mit, während er sonst Hannover gar nicht berührt, sondern den direkten Weg zwischen Kassel und Berlin gewählt hätte. Eine vertragliche Verpflichtung ist zustande gekommen, da der Kaufmann sich dem Bekannten gegenüber für die Zukunft zur Gestattung des Mitfahrens in seinem Kraftwagen verpflichtete. Sie zeigt sich deutlich darin, daß der Gestattende nicht berechtigt ist, den Fahrgast ohne Grund mitten auf der Landstraße auszusetzen.

Welche Bestimmungen sind aber auf diesen Gestattungsvertrag anwendbar? Zum Unterschied von dem Ergebnis des ersteren Beispiels würde ich hier in erster Linie die Vorschriften des Auftrags zur Anwendung bringen. Der Kaufmann verspricht dem Bekannten nicht, einen bestimmten Platz in seinem Auto für eine beliebige Spazierfahrt zu überlassen, sondern er hat sich verpflichtet, den Bekannten nach Hannover zu befördern, er hat sich also zu einer Werksleistung verpflichtet. Das Rechtsverhältnis ist also ein Auftrag. Möglich ist dann noch, daß auch hier einzelne Bestimmungen anderer unentgeltlicher Verträge Anwendung finden können. Wenn der Kaufmann gleichzeitig mehreren Bekannten die Mitnahme versprochen hatte und einem von ihnen einen besonderen Platz reserviert hatte, vielleicht, weil dieser den Zugwind nicht vertragen konnte, so ist nicht einzusehen, warum nicht hier auch Bestimmungen über den Leihvertrag herangezogen werden können. Verpflichtet sich der Autobesitzer ausdrücklich auch für die Sicherheit des Gepäcks während der Reise Sorge zu tragen, so werden auch die Vorschriften des Verwahrungsvertrages in entsprechender Weise Anwendung finden können.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß auf den sog. "Gefälligkeitsbeförderungs-Vertrag", sobald es sich um ein wirkliches Schuldverhältnis handelt, die Bestimmungen desjenigen unentgeltlichen Vertrages zur Anwendung kommen müssen, der diesem Vertrage am ähnlichsten liegt. Man wird also davon ausgehen müssen, daß für die rechtliche Beurteilung dieses Vertrages die jeweils besonderen Umstände des einzelnen Falles massgebend sind.[1] Zur Klärung dieser Frage mag man auch in Betracht ziehen, welchen wirtschaftlichen Zweck die Par-

1) So auch Hinrichs, S. 60 ff.; Lucas, S. 57 ff.; Sugg, S. 14/15; Balzereit, S. 42.

teien verfolgen. Aus diesem wirtschaftlichen Zweck ergibt sich meist ohne weiteres, welches Rechtsverhältnis vorliegt.[1] Will der Gefällige nur die Benutzung eines Raumes gestatten, so handelt es sich um Leihe, will er Dienste leisten, einen Erfolg herbeiführen, so werden die Bestimmungen des Auftrages Anwendung finden müssen. Liegt es ihm aber an einer sorgfältigen Aufbewahrung einer Sache, so handelt es sich um einen Verwahrungsvertrag.

Nach diesen kurzen Erörterungen über den besonderen Fall des sog. Gefälligkeitsbeförderungsvertrages kehren wir zu den Gestattungsverträgen im allgemeinen zurück. Auch hier müssen wir das gleiche Ergebnis feststellen. Soweit es sich um Schuldverhältnisse handelt, muß man der Meinung entgegentreten, jeden Gestattungsvertrag unter eine der im Gesetz geregelten Typen unterzuordnen. Andererseits ist aber auch die Forderung abzulehnen, bei der kleinsten Einordnungsschwierigkeit sofort einen Vertrag eigener Art zu bilden. Vielfach wird man hier zur Ergänzung des rechtlichen Inhalts und zur näheren rechtlichen Beurteilung die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften, sowie auch verwandte Bestimmungen in entsprechender Anwendung heranziehen können. Andererseits werden sich eine große Anzahl von Gefälligkeiten bei genauer Betrachtung als Schenkung, Leihe, unentgeltliche Verwahrung oder Auftrag herausstellen.

Man wird deshalb niemals zu einem befriedigenden Ergebnis kommen, wenn man sich auf den Standpunkt stellt: die Gestattungsverträge sind sämtlich im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt oder sie sind immer Verträge eigener Art. Dies würde zu wenig den mannigfachen Rechtsverhältnissen im Verkehrsleben entsprechen. Gerade bei solchen Verträgen, die auf einer Gefälligkeit beruhen, muß man auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles Rücksicht nehmen. Auf diese Weise kommt man zu dem Ergebnis, daß in vielen Fällen die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die unentgeltlichen Vertragsarten unmittelbar angewandt werden können, während man sich andererseits auch mit nur entsprechender Anwendung begnügen muß. Bei anderen Verträgen wieder wird man

1) Danz, D.J.Z. S. 387.

die Bestimmungen mehrerer Schuldverhältnisse anwenden dürfen, so daß wir es mit einem gemischten Vertrage zu tun haben. Diese Ansicht gibt einen sicheren Maßstab, die im Verkehrleben vorkommenden Gefälligkeiten in einer dem Rechtsbewußtsein und der Verkehrauffassung entsprechenden Weise zu regeln.[1])

Näher auf die einzelnen Rechte und Pflichten der einzelnen Parteien einzugehen, ist hier nicht am Platze. Sie sind bei den im Gesetz benannten unentgeltlichen Schuldverhältnissen ausführlich geregelt und finden auf die Gestattungsverträge unmittelbare oder entsprechende Anwendung.

§ 4

Jedoch muß man hier ein Recht erwähnen, das wegen seiner Wichtigkeit bei den Gestattungsverträgen die Wissenschaft und Praxis viel beschäftigt hat. Es handelt sich um das Kündigungsrecht bzw. Widerrufsrecht, welches im Hinblick auf die Unentgeltlichkeit und das Motiv der Handlung eine vom Gesetz abweichende Regelung erfahren muß. Es würde der Billigkeit und dem gesunden Rechtsempfinden oftmals zuwiderlaufen, wenn man den Gefälligen an einen Vertrag fesseln würde, der seinen Interessen zuwiderläuft.

Man hat ihm deshalb in vielen Fällen ein außerordentlich weitgehendes Kündigungsrecht zugebilligt, sodaß Aussenstehende oft zu der Ansicht kommen, daß der Gefällige ohne rechtlichen Grund die Leistung verweigere. Hieraus hat man dann wieder den Schluß gezogen, teils, daß überhaupt kein Vertrag entstanden, teils, daß zwar ein Vertrag entstanden sei, daß dieser aber den Gefälligen nicht verpflichte. Diese Ansicht ist aber schon deshalb unrichtig, weil wir von einem Kündigungsrecht, wenn auch vielleicht von einem ausserordentlich weitgehenden, nur dann sprechen können, wenn es sich um die Auflösung eines Vertrages handelt. Das Wesen eines Vertrages wiederum besteht in dem Vorliegen von Rechten und Pflichten (§ 241 BGB), und deshalb weist gerade dieses Kündigungsrecht auf eine Verpflichtung des Gefälligen zur Leistung hin.[2]) Andererseits haben wir bereits nachgewiesen, wann es sich um Gestattungsverträge handelt,

1) Vgl. hierzu Jung, Jher. Jahrb. 69, S. 61 ff.
2) Geigel, Bl. f. Rechtsanwendung, Bd. 77, S. 43.

und daß diese ein wirkliches Schuldverhältnis begründen, aus dem sich Rechte und Pflichten ergeben.

Bei der Frage, wann der Gefällige berechtigt ist, von dem Vertrage zurückzutreten, können als Anhalt in weitem Umfang die Regeln über die Kündigung der unentgeltlichen Verträge im Bürgerlichen Gesetzbuch dienen. Außerdem lassen sich solche Rechte auch aus den Grundsätzen von Treu und Glauben herleiten, aus der Erwägung heraus, "daß dem Gefälligen kein Opfer zugemutet werden darf, das in keinem Verhältnis zu dem Vorteil des Gefälligkeitsempfängers steht."[1]

Dieses Kündigungs- und Widerrufsrecht steht dem Gefälligen allerdings nicht schrankenlos zu. Hat er z. B. jemandem vertraglich versprochen, ihn an ein bestimmtes Ziel zu fahren, so kann er nicht plötzlich unterwegs den Vertrag kündigen. Entweder muß er vor Antritt der Fahrt sein Recht geltend machen, oder wenn es ihm unterwegs nicht möglich ist, seinen Verpflichtungen nachzukommen, muß er so handeln, daß es ohne Nachteil für den Gegner geschieht.[2] Diese Auffassung über das Kündigungsrecht des Gefälligen findet auch in den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches seine Stütze.

Die Bestimmungen für das Kündigungs- bezw. Widerrufsrecht, die das Bürgerliche Gesetzbuch bei den von ihm geregelten Gefälligkeitsverträgen aufgestellt hat, sind folgende:

1) Der Verleiher darf dem Entleiher zwar nicht zur Unzeit kündigen, da diesem ein Recht auf Gebrauch der Sache zusteht, bis der Zweck der Leihe erreicht oder die für die Leihe bestimmte Zeit verflossen ist (§ 604 BGB), jedoch kann der Verleiher jederzeit kündigen, wenn er infolge eines nicht vorhergesehenen Umstandes der verliehenen Sache bedarf (§ 605 BGB). Zu beachten ist aber schon § 604, Abs. III, der sehr häufig bei Gestattungsverträgen wird Anwendung finden müssen. Da Gefälligkeitsleistungen sehr oft ohne viele Worte durch konkludentes Handeln oder Stillschweigen bewirkt werden, so wird nicht selten die Dauer der Leihe weder bestimmt, noch aus dem Zwecke der Leihe zu entnehmen sein. In

1) Krückmann, Gefälligkeitsverträge a.a.O. S. 120,
2) Aehnlich Geigel a.a.O. Bd. 77, S. 41.

einem solchen Falle kann der gefällige Verleiher die Sache jederzeit zurückfordern.[1] Aber auch hier soll die Kündigung nicht willkürlich erfolgen und den Grundsätzen von Treu und Glauben zuwiderlaufen; so soll der Fuhrmann den Wandersmann, den er aus Gefälligkeit mitgenommen hat, nicht im strömenden Regen, fern von jeder menschlichen Behausung ohne triftigen Grund zum Verlassen des Wagens nötigen. Anders wäre zu urteilen, wenn das Pferd unterwegs erkrankt oder der Weg infolge Regens schwer passierbar wird. In diesem Falle wird man dem Fuhrherrn, auch, wenn der Zweck der Leihe noch nicht erfüllt ist, ein Kündigungsrecht zubilligen müssen.[2] Ebenso wird die Auslegung oft ergeben, daß unverzinsliches Darlehn als precaristisch jederzeit zurückgefordert werden kann, z.B. beim Freundschaftsdarlehn über geringe Beträge. Wenn ich also schon oben aus Gerechtigkeitserwägungen dem Gefälligkeitsschuldner ein weitgehendes Kündigungsrecht eingeräumt wissen wollte, so entspricht dies auch den gesetzlichen Bestimmungen über das Kündigungsrecht bei der unentgeltlichen Ueberlassung einer Sache zu zeitweiligem Gebrauch. Durch diese Möglichkeit ist also der Gefällige in der Lage, wenn die Verpflichtung für ihn allzu drükkend wird, sich von ihr zu befreien und die Erfüllungsklage des Gefälligkeitsempfängers auszuschließen.

2) Die Kündigungsbefugnis bei einem Gefälligkeitsverwahrungsvertrage reicht für den Gefälligen noch erheblich weiter als bei einem Gefälligkeitsleihvertrage. Der Verwahrer kann nach § 696 BGB jederzeit die Rücknahme der hinterlegten Sachen verleihen; ist eine Zeit bestimmt, so ist er bei Vorliegen eines wichtigen Grundes berechtigt, die vorzeitige Rücknahme zu verlangen. Im übrigen ist er nicht einmal an die Zweckbestimmung des Vertrages gebunden.

3) Auch bei Diensten, zu denen ich mich aus Gefälligkeit verpflichte, haben wir die Kündigungsbefugnis aus den Bestimmungen über den Auftrag. Danach kann der Beauftragte den Auftrag jederzeit kündigen, sofern es nur nicht zur Unzeit geschieht oder auf das Kündigungsrecht verzichtet worden ist. Es muß dem Auftraggeber noch möglich sein, für die Besorgung des Geschäf-

1) Warneyer, I. Bl., § 598, Anm. I.
2) Rathey, S. 22.

tes noch anderweit Fürsorge zu treffen. Ein wichtiger Grund rechtfertigt jedoch auch in diesen Fällen eine zeitige Kündigung.

Aber auch das Kündigungsrecht des Beauftragten kann unzulänglich sein: Wer einem unbekannten Mitreisenden die Aufsicht über sein Gepäck aufdrängt und dann seinen ständigen Aufenthalt im Speisewagen nimmt, kann von jenem nicht verlangen, daß er dauernd im Abteil sitzen bleibt und sich vor dem Aussteigen noch zwecks "Kündigung" von ihm verabschiedet. Hier wird man durch Auslegung nach § 157 annehmen können, daß der Gefällige sich seiner Pflichten entledigen kann, ohne besondere Mitteilung machen zu müssen.

Als Ergebnis dieser Betrachtungen muß man also festhalten, daß bei den Gestattungsverträgen die Kündigungsvorschriften der im Gesetz genannten unentgeltlichen Verträge Anwendung finden müssen. Daneben steht dem Gefälligkeitsschuldner nach den Vorschriften über Treu und Glauben der §§ 157, 242 BGB ein weitgehenderes Kündigungsrecht zu, so daß der Gefällige den Vertrag noch solange aufheben kann, als dies ohne Schaden für den Gefälligkeitsnehmer geschehen kann.

Entsprechende Grundsätze müssen auch für diejenigen Gestattungsverträge gelten, die sich nicht ohne weiteres als Leihe, unentgeltliche Verwahrung oder Auftrag kennzeichnen, sondern Verträge eigener Art bilden.[1] Auch hier entspricht es der Billigkeit, wenn dem Gefälligen die Möglichkeit gegeben ist, einen Vertrag zu kündigen, der seinen Interessen zuwiderläuft. Der Schutz des Gefälligkeitsempfängers wird durch das Verbot einer unbegründeten und unzeitigen Kündigung seitens des Gefälligen gewährleistet.[2]

§ 5

Ist im Vorhergehenden versucht worden, allgemeine Grundsätze für die rechtliche Beurteilung von den sog. Gefälligkeitsverträgen aufzustellen, und ist im Anschluss hieran gezeigt, wie sich diese in Verbindung mit einzelnen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches bei den dort geregelten Rechtsverhältnissen aus-

1) So auch Wichers, S. 52.
2) Balzereit, S. 46.

wirken, so soll im folgenden noch auf die Haftung des Gefälligen bei den Gestattungsverträgen eingegangen werden. Hierbei muss besonders auf das Problem "Gefälligkeitsverträge und Tierhalterhaftung" eingegangen werden.

Zur Klärung der Frage ist wieder von den im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten "Gefälligkeitsverträgen" auszugehen. Mit Rücksicht auf die Unentgeltlichkeit der Leistung ist die Haftung des Gefälligen bei diesen Verträgen des Bürgerlichen Gesetzbuches milder als die bei den entgeltlichen Verträgen. So haftet der Schenker für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§ 521 BGB). Die Haftung des Verleihers bestimmt sich nach § 599 BGB: "Der Verleiher hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten". Handelt es sich um einen unentgeltlichen Verwahrungsvertrag, so haftet der Verwahrer nur für diejenige Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 690 BGB). Im Gegensatz zur Regelung der Haftung bei den übrigen unentgeltlichen Verträgen des Bürgerlichen Gesetzbuches ist die Haftung des Beauftragten nicht besonders geregelt, sondern es gelten die allgemeinen Vorschriften des § 276 BGB. Das erscheint zwar unbillig. Angesichts der Bestimmung des § 662 BGB kann man aber um diese Tatsache nicht herumkommen. Hiernach würde also der Beauftragte für jede Fahrlässigkeit haften.

Soweit nun auf die Gestattungsverträge die Vorschriften der Leihe, unentgeltliche Verwahrung, Schenkung und des Auftrages direkte oder analoge Anwendung finden, sind auch die jeweiligen Bestimmungen der Haftung für diese Verträge massgebend. Den Gefälligen von jeder Haftung von Fahrlässigkeit zu entbinden, würde zu weit gehen. Andererseits würde es auch nicht gerecht sein, den Gefälligen für jede Fahrlässigkeit haften zu lassen. Dies ist aber nicht unbestritten geblieben. Wegen des Motives wird immer wieder versucht, die Haftung bei derartigen Gefälligkeitsverträgen wenigstens für einfache Fahrlässigkeit abzulehnen.[1)]

Einige nehmen beim Vorliegen eines Gestattungsvertrages eine stillschweigende Haftungsausschliessung

1) Behrend, "Recht" 1919, S. 291.
Ebbecke, Jher. Jahrb., Bd. 69, S. 23.

an. Nach Danz[1] ist es nicht erforderlich, daß die Willenserklärungen, welche nötig sind, um ein Rechtsgeschäft zur Entstehung zu bringen, gerade in Worten abgegeben sind, oder dass die einzelne Rechtswirkung, welche eintreten soll, gerade in Worten Ausdruck gefunden hat; auch sonstige Handlungen genügen, um rechtsgeschäftliche Wirkungen hervorzubringen. So würde die verkehrsübliche Bedeutung des Abschlusses eines solchen Vertrages, bei dem nichts über die Haftung erwähnt ist, die sein, daß im korrekten Fall eine Haftung des Tierhalters ausgeschlossen sein sollte.

Dieselbe Ansicht vertritt Francke:[2] "Die Anwendung des § 833 BGB wird aber auch oftmals als stillschweigend durch einen Vertrag ausgeschlossen anzusehen sein, da Verträge ja nach Treu und Glauben auszulegen sind."

Nach Traeger[3] muß derjenige, der ein Fuhrwerk besteigt, wissen, dass er sich damit einer gewissen Gefahr aussetzt. Von demjenigen aber die Uebernahme der Gefahr zu verlangen, der den Verletzten auf dessen Bitten aus Gefälligkeit mitgenommen hat, erscheint ungerecht und der Forderung des Gesetzes, Verträge nach Treu und Glauben auszulegen, nicht entsprechend. In solchem Falle ist stillschweigender Verzicht auf die Inanspruchnahme des Tierhalters wegen unverschuldeter Verletzung zu unterstellen.[4] Auch Geigel[5] hat sich dieser Ansicht angeschlossen: "Ein solcher Vertrag -- es ist meist ein Verzichtsvertrag -- kann, wie jeder Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend abgeschlossen werden. Eine ausdrückliche Ausschliessung der Haftung wird nur selten vorkommen. Um so häufiger ist der stillschweigende Ausschluss, insbesondere bei Gefälligkeitsverträgen."[6]

Diese Ansichten sind aber abzulehnen, denn ihre Vertreter legen hier nicht Willenserklärungen aus,

---

1) Danz, D.J.Z. 1905, Nr. 8, S. 384 u. 389.
2) Francke, Ziv.Arch., Bd. 96, S. 161.
3) Traeger, a.a.O., S. 319, Anm. 1.
4) Ebenso RG., Bd. 65, S. 315; Bd. 67, S. 433; "Recht" 1908, Nr. 516; "Recht" 1907, Nr. 1154.
5) Geigel, Bl.f.R., Bd. 77, S. 44/45.
6) Vgl. auch J.W. 1908, S. 108/109.

sondern folgern aus dem Fehlen einer Willenserklärung das Vorliegen eines bestimmten inneren Willens der Parteien, der jedoch nicht maßgebend sein kann. Wenn aus den Umständen oder aus früheren Abmachungen auf einen bestimmten Willen geschlossen werden soll, so muß sich dies doch eindeutig aus den Umständen ergeben. Vermutungen allein können keine Rechtswirkungen hervorbringen.[1] Wenn man diesem Gedankengang folgen würde, so wäre der Rechtssicherheit Tür und Tor geöffnet. Wie oft würde man hier statt des vermuteten Willens gerade das Gegenteil feststellen müssen, abgesehen davon, daß die Parteien bei Abschluß eines "Gefälligkeitsvertrages" oft gar nicht an eine Haftpflicht denken.

Auch eine Entscheidung des Reichsgerichts,[2] die die Frage nach der Haftung des Gefälligen mit Hilfe des § 254 BGB lösen will, kann nicht befriedigen. Es handelte sich hier um eine Gefälligkeitsfahrt im Kraftwagen, wobei der Wagen eine Böschung hinunterfiel und der Kläger schwer verletzt wurde. In den Gründen wurde angeführt: "Regelmäßig wird bei dem Erkennen von Umständen, die die Fahrt als eine nicht ungefährliche erscheinen lassen, die Teilnahme an der Fahrt als ein Verschulden anzusehen sein, das bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat." Hier läßt das Reichsgericht die Frage offen, wie die Haftung geregelt werden soll, wenn der Gefälligkeitsempfänger bei einer Fahrt verletzt wird, die im allgemeinen als gänzlich ungefährlich erscheint. Außerdem ist der Auffassung des Gerichts auch deswegen nicht beizutreten, weil man schließlich § 254 BGB bei fast sämtlichen Unfällen anwenden könnte. In Verfolg obiger Theorie könnte man dem Geschädigten fast stets entgegenhalten, daß er durch sein Dazwischentreten das Unglück mitverschuldet habe und ein etwaiger Schadensersatzanspruch auf diese Weise herabgemildert werden müßte. Also lediglich die Anwesenheit der verletzten Person wäre schon ein Grund um die Haftung gemäß § 254 BGB zu mildern.

Eine ähnliche Auffassung vertritt Flad,[3] wonach der Verletzte, der die für die Wahrnehmung seiner

1) Leonhard, Ziv.Arch. 120, S. 98 ff.
2) R.G. in J.W. 1910, S. 234.
3) Flad, "Recht" 1919, S. 13 ff.

Angelegenheiten gebotene Sorgfalt gegenüber einer drohenden Schadensgefahr ausser Acht läßt, auf eigene Gefahr handelt und deshalb den Schaden nicht ersetzt verlangen kann. Die Gefahrübernahme wäre Einwilligung in eine evtl. Verletzung, wodurch die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen wird.

Das Bürgerliche Gesetzbuch lehnt eine solche Auffassung aber grundsätzlich ab, da es auf dem Boden des Verschuldensprinzipes steht. Auch vom Standpunkt der Billigkeit aus sind die Ergebnisse dieser Ansicht sehr bedenklich.[1]

Verschiedentlich wird nun die Auffassung vertreten, den Gefälligen nur für diejenige Sorgfalt haften zu lassen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.[2] Es entspreche der Billigkeit am meisten, wenn man den Gefälligen in dieser Weise haften lasse, weil einerseits der Dienst-, Werkvertrag und Auftrag die allgemeine Haftung des § 276 BGB eintreten liessen, andererseits aber die anderen Verträge mit unentgeltlichen Leistungen die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkten; zwischen diesen beiden Haftungsarten müsse man den Mittelweg einschlagen.

In den hier behandelten Fällen handele es sich um solche Verträge, bei denen das persönliche Moment eine wichtige Rolle spiele, so daß auch die Haftung nicht nach den allgemeinen gültigen objektiven, sondern nach einem persönlichen Maßstabe zu messen sei. Die Idee des Gesetzes gehe auch dahin, daß derjenige, der gleichzeitig fremde und eigene Angelegenheiten besorge, für fremde Angelegenheiten nur so haften solle, wie für seine eigenen. Er haftet also nur für culpa in concrete.[3]

Auch diese Ansicht erscheint unbegründet, denn aus den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches läßt sich das Prinzip nicht herauslesen, daß in einem solchen Falle der Gefällige für die Besorgung fremder Angelegenheiten ebenso haften solle wie für die Besorgung der eigenen. Das Bürgerliche Gesetzbuch beschränkt die Haftung auf das Einstehen für eine solche Sorgfalt auf

1) Vgl. hierzu Balzereit, S.48; Sugg, S.34, Wichers, S. 56 f.
2) So Hempfing, S.40; Wichers, S.57; Rathey, S.23.
3) Zimmermann, J.W. 1928, S. 1717.

bestimmt bezeichnete Fälle, und zwar auf solche persönlicher Beziehung, von denen keiner hier vorliegt.[1])

Man wird also an der bereits oben angeführten Auffassung festzuhalten haben, daß auch inbezug auf die Haftung bei den Gestattungsverträgen die Bestimmungen derjenigen im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Verträge Anwendung finden müssen, denen der jeweilige Gestattungsvertrag am wesensähnlichsten ist.

Danach haftet der Gefällige bei dauernder und zeitweiliger Ueberlassung von Sachen für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§ 521 und 599 BGB). Stellt sich die zeitweilige Ueberlassung jedoch als ein Vertrag dar, auf den die Bestimmungen der unentgeltlichen Verwahrung unmittelbare oder entsprechende Anwendung finden, so haftet der Gefällige nur für diejenige Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. (§ 690 BGB). Bei Leistung von Diensten kommen bezüglich der Haftung des Gefälligen die Bestimmungen des § 276 BGB in Betracht, wonach wegen jeder Fahrlässigkeit gehaftet wird. Verschiedentlich[2]) sind Versuche gemacht worden, diese letztere strenge Haftung des Gefälligen zu mildern, mit Berufung darauf, daß nach dem BGB bei allen unentgeltlichen Verträgen mit Ausnahme des Auftrages nur eine beschränkte Haftung gelte und diese Beschränkung auch auf den Auftrag analog angewandt werden müsse. Wie bereits ausgefährt, würde dieser Versuch aber zu sehr gegen das Gefüge des BGB verstoßen. Man kann wohl nicht entgegen den Bestimmungen des BGB auf eine von ihm im übrigen geregelte Vertragsart bezüglich der Haftung die Regeln eines anderen im BGB geregelten Vertrages analog anwenden. Wenn sich ein sog. Gefälligkeitsvertrag unter die Bestimmungen des im BGB geregelten Auftrages einreihen läßt, oder wenn dieser Vertrag dem Auftrag doch sehr wesensverwandt ist, so müssen neben den anderen Bestimmungen des Gesetzes auch diejenigen über die Haftung unmittelbar oder entsprechend angewandt werden, so daß der Gefällige für jede Fahrlässigkeit haf-

1) R.G. in J.W. 1913, S. 88; u. 1910, S. 234.
Soergel, I. Bd., § 276, Anm. I, 9.
2) Kohler, II. Bd., S. 390, 498;
Soergel, I. Bd., § 276 III, 9;
Staudinger, II. Bd., 1. Teil, Vorbem.A I,2,S.253.

ten muß[1]. Das erscheint zwar unbillig; angesichts der Bestimmungen des Gesetzes kann man aber um diese Tatsache nicht herumkommen.

Bei den kleinen Gefälligkeitsaufträgen des täglichen Lebens (Einstecken von Briefen, Aufsicht über Gepäck, Besorgung eines zu Hause nicht erhältlichen Andenkens auf einer Reise) wird man jedoch den Haftungsmaßstab nach § 157 BGB oft auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit mildern müssen, besonders bei aufgedrängten Aufträgen: Leute, die es verstehen, andere unentgeltlich für sich auszunutzen[2]. So auch Siber[3]: "Bei Aufträgen, die eine Ausnutzung der Gutmütigkeit, der Höflichkeit, der Unerfahrenheit in sich schließen, wird oft Milderung gemäß § 157 BGB geboten sein". An der grundsätzlichen Auffassung über die Haftung bei Gefälligkeitsaufträgen ändert dies jedoch nichts.

Entsprechendes gilt auch für diejenigen Gestattungsverträge, die sich nicht ohne weiteres unter die im Gesetz geregelten Typen einordnen lassen. Es werden auch dort die Vorschriften der Haftung derjenigen Verträge Anwendung finden müssen, denen die Gestattungsverträge am ähnlichsten sind. Nach dem das Bürgerliche Gesetzbuch beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit können die Parteien aber abweichende Regelung treffen. Doch sind dahingehende Willenserklärungen erforderlich[4]. Aus den Umständen oder aus früheren Abmachungen können sich solche Willenserklärungen nur sehr schwer deuten lassen[5].

Möglich aber ist, daß dieselbe Handlung die Verletzung eines Schuldverhältnisses und zugleich eine unerlaubte Handlung enthält. Es ist also zu untersuchen, ob und in welchem Umfange neben den vertraglichen Haftungsansprüchen noch diejenigen aus unerlaubter Handlung geltend gemacht werden können. Von Bedeutung ist dies aus folgenden Gründen:

1. Die Verjährung nach § 852 BGB gilt nur für den

1) v.Blume, "Recht" 1908, S.356.
2) Schneider, DJZ 1908, S.219.
3) Siber, Lehrbuch, S.181.
4) Balzereit, S.48.
5) Leonhard, Ziv.Arch. Bd.120, S.98 ff.

Anspruch aus unerlaubter Handlung; Ansprüche aus Vertrag unterstehen den §§ 195 ff.;

2. Der Anspruch auf das sog. Schmerzensgeld nach § 847 erwächst nur aus unerlaubter Handlung, nicht aus sonstigen Schuldverhältnissen;

3. Die Haftung für Dritte regelt sich bei unerlaubter Handlung nach § 831 BGB, wo Entlastung offengelassen ist; der hiervon absehende § 278 BGB gilt nur ausserhalb das Gebietes der unerlaubten Handlung für sonstige rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Verbindlichkeiten.

Die Frage ist zuerst, ob solchenfalls neben dem Anspruch aus dem Schuldverhältnis ein Anspruch auf Schadensersatz aus unerlaubter Handlung begründet ist. Mit der im Schrifttum jetzt herrschenden Meinung hat auch die Rechtsprechung den Grundsatz aufgestellt, daß, sofern das die Verletzung des Vertrages ergebende Verhalten zugleich die Merkmale einer unerlaubten Handlung aufweist, neben der Vertragshaftung dem Vertragsgegner gegenüber auch die Haftung aus unerlaubter Handlung besteht. Anders jedoch Krückmann,[1] der es tatsächlich für unmöglich hält, daß der selbe Tatbestand sowohl unter die Regeln des Vertrags- wie die des Deliktsrechts fallen könne. Hellwig und Titze[2] schliessen ebenfalls die Möglichkeit aus: "Es gibt nur entweder Kontrakts- oder Deliktshaftung." Die weitaus meisten lassen jedoch, wie bereits gesagt, die Vertragsansprüche neben denen der unerlaubten Handlung zur Anwendung kommen.[3] Auch das Reichsgericht ist der konkurrierenden Anwendbarkeit beider Ansprüche günstig.[4]

Es fragt sich nun, in welchem Umfange neben den vertraglichen Haftungsansprüchen noch die Haftungsansprüche aus unerlaubter Handlung geltend gemacht werden können. Der Gefälligkeitsempfänger hat die Wahl zwischen beiden Klagen, wenn auch die Tatbestände beider vorlie-

1) Krückmann, Jher.Jahrb. Bd. 52, S. 428 ff.
2) Titze in Zeitschr.f.d.ges.Handelsr.Bd.57,S.447.ff.
3) v. Blume "Recht" 1905, S. 484, Dernburg, § 64; Crome, II. Bd. § 324, V u. D.J.Z. 1904,S.14 ff.
4) RG, Bd. 88,317; 89,341,358; 90,68,410; 118,142.

gen. Größtenteils wird es sich aber bei den Gestattungsverträgen um eine Milderung der Haftung handeln und es würden dann durch die strengen Haftungsbestimmungen der §§ 823 ff. BGB alle Einschränkungen der Haftung des Gefälligen aus dem Vertrage hinfällig werden. Man wird deshalb diese Milderung auch bei den unerlaubten Handlungen anwenden können, wenn man die Vertragsbestimmungen als lex specialis vorgehen läßt.[1]) So regelt sich z. B. die Haftung des Verwahrers nach § 690 BGB, denn dies ist ein Spezialgesetz und es würde niemals zur Anwendung kommen, wenn man hier den Verwahrer nach den Vorschriften über die unerlaubte Handlung haften lassen würde.

§ 6

Bei Befolgung dieser Richtlinien werden sich auch die großen Schwierigkeiten beheben, die sich bei der Haftung des Gefälligen auf Grund des § 833 BGB ergeben.

Untersuchten wir bisher die Haftung des Gefälligen wegen einer schuldhaften Handlung, so kommen wir hier zu der Frage, wie der Gefällige haften soll, ohne daß ihn beim Entstehen des Schadens ein Verschulden trifft, mit anderen Worten, uns interessiert die Haftung des Gefälligen bei der sog. Gefährdungshaftung. Das Prinzip der Gefährdungshaftung findet sich sowohl im BGB wie in einzelnen Spezialgesetzen. So sind noch heute von grosser Bedeutung die Vorschriften des Haftpflichtgesetzes (§ 1) über die Verpflichtung des Eisenbahnunternehmers zum Ersatz wegen der beim Betrieb einer Eisenbahn geschehenen, auch schuldlosen Personenverletzung, ein Hauptfall der Gefährdungshaftung für die Gefahr eines Betriebes (Ges. vom 7.6.1871). Dazu kommen neuere Gesetze über Haftung für Personen- und Sachbeschädigung durch Kraft- und Luftfahrzeuge (Kraft VG. v. 3. V.1909; Luft VG. v. 1. VIII. 1922)).

Eine Gefährdungshaftung ohne Rücksicht auf Verschulden entspricht der Billigkeit gegenüber dem Geschädigten, der als Unbeteiligter in die Gefahrzone gerät, wie ein Ueberfahrener oder der zur Befriedigung

1) Leonhard, Lehrbuch S. 109.

notwendiger Lebensbedürfnisse durch Monopol eines gefährlichen Betriebes zur Einlassung mit diesem gezwungen ist, wie ein Eisenbahnfahrgast.

Die Gefährdungshaftung wird unserem Rechtsgefühl besonders da entsprechen, wo es sich um wirtschaftliche Betriebe handelt, bei denen starke Naturkräfte, wie Wasser, Dampf, Elektrizität Verwendung finden. Damit, sowie durch den meist großen Umfang solcher Betriebe ist eine so große Gefährdung der Umgebung gegeben, daß man wohl das Verhalten des Unternehmers als Verschulden betrachten müßte, wenn nicht das Unternehmen selbst als notwendig anzusehen wäre. Es erscheint daher als ein durchaus billiger Ausgleich, "daß der Unternehmer für die Gefahren einzustehen hat, wenn die Gefahren sich realisieren, die er heraufbeschworen hat".[1] Hierzu kommt noch als zweiter Gesichtspunkt, daß der Unternehmer leichter den Schaden wird tragen können, da er in der Lage ist, sich durch Versicherung zu decken, oder als Unternehmer eines Betriebes den Schaden auf die Abnehmer abwälzen kann, indem er sie als Passiva seiner Wirtschaft in den Preis seiner Waren mit einrechnet.

Da uns nur die in dem § 833 BGB aufgestellte Gefährdungshaftung interessiert, so scheiden aus unserer Betrachtung alle diejenigen Fälle aus, in denen ein Verschulden des Tierhalters die Grundlage für einen Schadensersatzanspruch bildet. Ebenso der durch Reichsgesetz vom 31. Mai 1908 dem § 833 BGB beigefügte, die Haftpflicht des Tierhalters einschränkende Satz 2. Durch diesen Satz 2 wird in sehr vielen Fällen die Haftung des Tierhalters ausgeschlossen, es werden aber dennoch solche Fälle vorkommen, die nicht unter § 833, Satz 2 BGB fallen.

Derreiche Pferdebesitzer A verpflichtet sich, seinen Freund B unentgeltlich auf seinem mit Luxuspferden bespannten Wagen mitfahren zu lassen. Unterwegs scheuen ohne Verschulden des A die Pferde und gehen durch. Der Mitfahrende B wird verletzt.[2] Wie bestimmt sich hier die Haftung des A? Es ist doch ein offenbarer Widerspruch, wenn der gefällige Pferdebesitzer einer-

1) Rümelin, Ziv.Arch. Bd. 88, S. 295;
cf.auch Müller-Erzbach, Ziv.Arch.Bd.106, S.30 ff.
2) Ähnl.Fälle: Seuff.Arch.Bd.62, S.453 f. Bd.65, S.104 f.

seits vertraglich nur für einen abgemilderten Grad des Verschuldens einstehen, andererseits ausservertraglich ohne Rücksicht auf ein Verschulden für einen Schaden verantwortlich gemacht werden soll, m. a. W.,wenn die schärfste Haftung für anwendbar erklärt werden soll.

Rechtsprechung und Literatur haben die verschiedensten Theorien aufgestellt, um diesen Widerspruch zu lösen.[1]

I. Die Anhänger der Verzichtstheorie[2] wollen einen Verzicht des Gefälligkeitsempfängers auf die Tierhalterhaftung und zwar unterstellt als Parteiwillen, daß"die Beteiligten, soweit sie nicht anderen Willen kundgegeben haben, die Einzelheiten des Vertrages, darunter auch die Haftung, so geregelt wissen wollen,wie es der allgemeinen Anschauung bei dem Verkehre zwischen billig denkenden Menschen entspricht. Die Anschauung billig denkender Menschen gehe dahin, daß der die Gefälligkeit Erweisende wenigstens für solchen Schaden, der ohne sein Verschulden entstanden ist, nicht haften soll. Dies wird meistens als stillschweigend vereinbart zu erachten sein."[3]

Gegen diese Ausführung erheben sich dieselben Bedenken, die schon oben[4] geltend gemacht worden sind, als man die Haftung aus Gestattungsverträgen allgemein wegen stillschweigenden Verzichtes des Gefälligkeitsempfängers ablehnen wollte. Solange nicht festgestellt ist, daß die Parteien überhaupt an die Haftungsfrage gedacht haben, ist der Ausschluss der Haftung als auf einer blossen Fiktion begründet anzusehen und deshalb abzulehnen. Der stillschweigende Verzichtsvertrag ist in solchen Fällen nur ein Verlegenheitsbehelf und versagt jedenfalls dann wenn es sich um beschränkte oder geschäftsfähige oder gar geschäftsunfähige Personen handelt.[5] Ein der-

1) Näheres hierüber vgl. Diss. von Rathey.
2) Rathey, S. 28.
3) Geigel, Bl.f.R., Bd. 77, S. 37 ff.
ähnlich Danz, D.J.Z. 1905, S. 383 ff.
4) Seite 50 der Arbeit.
5) v. Blume, "Recht" 1905, S. 481.
Hellwig, D.J.Z., 1906, S. 1289.

artiger stillschweigender Vertrag steht auch meistens im Gegensatz zu den Tatsachen[1]. Die Verzichtstheorie ist also aus rechtlichen und praktischen Gründen nicht geeignet, die Frage der Haftung des Tierhalters in billiger Weise zu lösen[2].

II. Die Anhänger der Theorie der totalen Gesetzeskonkurrenz (Kohler[3], Hellwig[4], Endemann[5], Titze[6]) behaupten, das zwischen dem Gefälligen und dem Gefälligkeitsempfänger bestehende Vertragsverhältnis schliesse die Erhebung außervertraglicher Ansprüche, insbesondere die Ansprüche aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung, also auch eines Anspruches aus § 833 BGB aus. Die herrschende Meinung billigt aber, wie bereits ausgeführt[7], diese Auffassung nicht. Sofern das die Verletzung des Vertrages ergebende Verhalten zugleich die Merkmale einer unerlaubten Handlung aufweist, bestehen neben der Vertragshaftung auch die Vorschriften über die Haftung aus der unerlaubten Handlung.

Die Tierhalterhaftung des Gefälligen aus § 833 BGB, Satz 1, kann auch auf diese Weise nicht beseitigt werden[8].

III. Ebensowenig läßt sich dieses erreichen vermittels der Theorie der partiellen Gesetzeskonkurrenz, (von Liszt[9], Kipp[10], Neumann[11]) die den Anspruch aus Vertrag und aus unerlaubter Handlung grundsätzlich nebeneinander bestehen lassen will, in gewissen Fällen

---

1) Leonhard, Ziv.Arch, Bd.120, S.98 ff.; RG Warn.1909, Nr.357; JW 1911, S.28; Jher.Jahrb.Bd.52, S.428 ff.; Bd.54, S.107 ff., 130.
2) Rathey, S.33.
3) Kohler, Lehrbuch, II.Bd., S.37.
4) Hellwig, Lehrbuch I, S.261 ff.
Anspruch und Klagerecht, S.98 ff.
DJZ XI.Jahrg. 1906, S.1290.
5) Endemann, Lehrbuch IV.Aufl. § 200, VIII.Aufl.§§ 84, 200.
6) Titze, Zeitschr.f.ges.Handelsr. Bd.57, S.447.
7) Seite 55 dieser Arbeit.
8) Rathey, S.42.
9) v.Liszt, Deliktsobligationen im System des BGB. S.13 u.14.
10) Kipp, DJZ 1903, S.256.
11) Neumann, a.a.O. I.Bd., S.539.

sich aber für die Gesetzeskonkurrenz entscheidet. Nach ihr wird die Haftung für unerlaubte Handlung abgemildert, einmal wenn das Gesetz eine mildere Haftungsverpflichtung für das Vertragsverhältnis anordnet, zum anderen, wenn dem Schuldner gemäß § 276 BGB die Haftung für Fahrlässigkeit vom Gläubiger vertraglich erlassen worden ist.[1] Der Annahme dieser Gesetzeskonkurrenz kann man aber ebensowenig folgen, wie der einer totalen Gesetzeskonkurrenz.[2]

IV. Weiter hat man sich darauf berufen, dass einer Handlung, wenn sie zum Schadensersatz aus unerlaubter Handlung verpflichten soll, das Merkmal der Widerrechtlichkeit anhaften muß. Wenn die Parteien einen Vertfag abgeschlossen haben und die Haftung nur auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt ist, so ist eine Handlung, die lediglich auf leichte Fahrlässigkeit des Schädigers gestützt wird, keine unerlaubte Handlung im Sinne des Gesetzes, weil sie eben erlaubt und daher nicht widerrechtlich ist. "Es handelt derjenige, der die geringste Sorgfalt ausseracht läßt, nicht widerrechtlich, da ihm doch vertraglich oder gesetzlich diese Ausseracht lassung gestattet ist."[3] Diese Theorie versagt aber gerade in den Fällen der sog. Gefährdungshaftung[4] und somit gibt sie keine Lösung zur Haftungsfrage des Tierhalters.

V. Die "Verschuldensaufrechnungstheorie" sucht dem Schadensersatzanspruch des Gefälligkeitsempfängers durch die Anwendung des § 254 BGB zu begegnen, indem sie letzterem das Besteigen des mit Pferden bespannten Wagens schlechtweg als Verschulden anrechnet. Über die Unhaltbarkeit dieser Lehre wurde bereits[5] ausführlich berichtet, als das Reichsgericht[6] die Haftung des Gefälligen aus dem Vertragsverhältnis mit Hilfe des § 254 BGB mildern wollte. Die dort angeführten Bedenken gelten hier entsprechend. Die Anwendung des § 254 BGB wird aber auch dann noch oft daran scheitern, daß wegen Ge-

1) Wichers, S. 65.
2) Näheres bei Rathey, S. 43, 44.
3) Sugg, a.a.O. S. 36.
4) Sugg, a.a.O. S. 36.
5) Seite 51 der Arbeit.
6) R.G. in J.W. 1910, S. 234.

schäftsunfähigkeit und Beschränkung der Geschäftsfähigkeit die Willens- und Zurechnungsfähigkeit fehlt, die eine Voraussetzung für ein Verschulden bildet.[1]

VI. All diese hier besprochenen Theorien führen zu keiner befriedigenden Lösung, diesen Schwierigkeiten, an denen die Theorien kranken, versuchte Krückmann[2] dadurch zu begegnen, daß er den Grundgedanken des schuldrechtlichen § 254 BGB in entsprechender Umformung auf das Deliktsrecht anwandte. "Wie der Verschuldenshaftung die Verschuldensaufrechnung nach § 254 BGB, so entspricht der Gefährdungshaftung die Gefährdungsaufrechnung. Das eine ist so gut ein notwendiges Gegenstück zur Haftung wie das andere. Der große Gewinn, den wir auf diese Weise machen, besteht darin, daß nunmehr die Frage, ob die Tierhalterhaftung als solche ausgeschaltet wird, ausschließlich nach deliktsrechtlichen Gesichtspunkten entschieden werden kann, das Vermengen rechtsgeschäftlicher und deliktsrechtlicher Begriffsmomente ausgeschlossen ist."[3]

Da also rechtsgeschäftliche Momente bei dieser Frage nicht mitsprechen, kommt somit auch ein Mangel der beteiligten Personen in der rechtsgeschäftlichen Handlungsfähigkeit nicht in Betracht, ein Punkt, an dem alle vorher besprochenen Theorien scheiterten. Eine "deliktsrechtliche zurechenbare Selbstgefährdung, die zur Gefährdungsaufrechnung führt," liegt danach vor:

1. Wenn der Gefälligkeitsempfänger die deliktsrechtliche Verantwortlichkeit (cf. §§ 827,828 BGB) besitzt;

2. Wenn die Schädigung aus einer besonderen Gefahr hervorgeht, in die sich der Gefälligkeitsempfänger in deliktisch zurechenbarer Weise begeben hat.

Die besondere Gefahr, in die der Beschädigte sich begeben hat, ist so viel höher anzuschlagen, als die allgemeine Gefährdung durch den Tierhalter, wie sie ohne die besondere von dem Beschädigten aufgesuchte Ge-

---

1) Wichers, S. 72.
2) Krückmann, Jher. Jahrbuch, Bd. 52, S. 459 ff. Bd. 55, S. 1.
3) Krückmann, Bd. 52, S. 466.

fahr sein würde, so daß die allgemeine Gefährdung neben der besonderen Gefahr garnicht in Betracht kommt.[1]

Das Ergebnis ist durchaus billig und läßt sich mit der vertraglichen Vertretungspflicht des Gefälligen wohl vereinbaren. Wir haben den Vorteil, daß sie einen bedeutend grösseren Personenkreis umfaßt, als die übrigen Theorien. Ein vollständiger Anschluß der Gefährdungshaftung des Gefälligen ist jedoch nicht möglich.[2] Dies bleibt Aufgabe der Gesetzgebung.

§ 7

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zeigt inbezug auf die Abgrenzung von Gefälligkeiten nichtrechtlicher Natur zu den sog. Gefälligkeitsverträgen keine Einheitlichkeit. Ebenso haben auch die Entscheidungen über Schadensersatzhaftung aus Gefälligkeiten oft Härten ergeben. Zur Zeit ist auch noch nicht zu ersehen, auf welcher Basis sich eine einheitliche Rechtsprechung aufbauen wird. Deshalb wird sie vorläufig noch die Grundsätze von Treu und Glauben in besonderem Maße zur Anwendung bringen müssen, so daß die bestehenden Schuldverhältnisse und ihre einzelnen Bestimmungen in erster Linie nach der individuellen Eigenart zu beurteilen sind. Auf diese Weise wird die praktische Rechtspflege am wenigsten in Widerspruch mit dem Volksempfinden stehen.

1) Krückmann, Jher. Jahrb. Bd. 54, S. 133.
2) Balzereit, S. 51; Rathey, S. 52; Wichers, S. 74.

L e b e n s l a u f .

Am 15. II. 1908 wurde ich in Wolfhagen als Sohn des Amtsgerichtsrates Adolf Gonnermann und seiner Ehefrau Helene, geb. Christ, geboren. Ich besitze die preussische Staatsangehörigkeit und bin evangelischen Bekenntnisses.

Nach vierjährigem Besuch der Privatschule in Wolfhagen besuchte ich das Realgymnasium in Arolsen, das ich Ostern 1927 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich wandte mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften zu und bestand, nachdem ich je drei Semester in Rostock und Marburg studiert hatte, am 27. Juni 1931 vor dem juristischen Prüfungsamt am Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 1. Oktober 1931 bin ich dem Amtsgericht in Wolfhagen als Referendar überwiesen.

Für die freundliche Unterstützung, sowie für die wertvollen Anregungen und das mir immer entgegengebrachte Wohlwollen spreche ich meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Geheimrat Prof. Dr. Leonhard meinen ehrerbietigen Dank aus.